

Dicembre 2019

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
12/2019

EDITORE

Luca Santa Maria e Associati Studio Legale

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO SCIENTIFICO

Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Alexander Bell, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Manfredi Bontempelli, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Patrizia Catellani, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Paolo Della Sala, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Tommaso A. Dragani, Giovanni Falsitta, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Loredana Garlati, Giuseppe Gennari, Bruno Giordano, Ciro Grandi, Marco Iacoboni, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Simone Lonati, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Letizia Mancini, Franco Martelli, Carlo Melzi d'Eril, Lorenzo Milazzo, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Baldassarre Pastore, Chiara Perini, Luca Pistorelli, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Riscato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Beatrice Secchi, Dario Sencar, Salvatore Staiano, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo, Franco Taroni, Alfio Valsecchi, Giulio Enea Vigevani, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

Carlo Calanchini, Nadia Francesca Cipriano, Antonino Cusimano, David Eagleman, Gabrio Forti, Maria Carla Gatto, Judy Illes, Maria Paola Mittica, Daniela Ovadia, Giulio Ponzanelli, Adrian Raine, Fabrizio Richard, Sara Rubinelli, Luca Salvaderi, Teresa Scantamburlo, Viola Schiaffonati, Alberto Sobrero, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatrice), Giovanna Baer, Giulia Corbetta, Gianni Giacomelli, Irene Gittardi, Vasco Jann, Francesca Tomasello



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

Registrazione presso il Tribunale di Milano
al n. 71 del 15 marzo 2019

ISSN 2704-6516

Via Serbelloni, 1 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo – DPU.

I materiali qui pubblicati sono stati sottoposti, con esito positivo, a procedura di revisione, nelle forme e nei modi previsti dal Regolamento editoriale della Rivista

Riflessione

1 **TI ODIO, “IN NOME DI DIO”.**
L’INCRIMINAZIONE DELL’ODIO E DELLA DISCRIMINAZIONE (IN PARTICOLARE, PER MOTIVI RELIGIOSI) NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

Fabio Basile

Riflessione

14 **CRIMINI D’ODIO. IL SENATO APPROVA LA MOZIONE PER L’ISTITUZIONE DI UNA COMMISSIONE STRAORDINARIA PER IL CONTRASTO DEI FENOMENI DI INTOLLERANZA, RAZZISMO, ANTISEMITISMO E ISTIGAZIONE ALL’ODIO E ALLA VIOLENZA**

Luciana Goisis

Riflessione

34 **PER LE SEZIONI UNITE IL DIVIETO DI PARTECIPARE A PUBBLICHE RIUNIONI IMPOSTO AL SORVEGLIATO SPECIALE È DA CONSIDERARSI LIMITATO ALLE SOLE RIUNIONI “IN LUOGO PUBBLICO”**

Nota a Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo (dep. 18 novembre) 2019, n. 46595, pres. D. Carcano, est. G. Rocchi, ric. A. e altro

Edoardo Zuffada

Riflessione

44 LA DEFINIZIONE DI UN SISTEMA PENALE MINORILE CONFORME AI PRINCIPI INTERNAZIONALI

Le osservazioni del Comitato ONU sui diritti del fanciullo a trent'anni dalla Convenzione di New York

Lucio Camaldo, Francesca Manfredini

Riflessione

59 AVVISO AI NAVIGANTI!

C'è una nuova bussola per arrivare davanti alla Corte Costituzionale: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 29460/2019. Alcune riflessioni

Paolo Oddi

Riflessione

68 IL VOLTO DELLA VIOLENZA

Jacob Bronowsky

Riflessione

95 L'IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO CON CUI IL TRIBUNALE COMPETENTE PER LE MISURE DI PREVENZIONE NEGA L'APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO RICHIESTO EX ART. 34 BIS, COMMA 6, DEL D.LGS. 6 SETTEMBRE 2011, N. 159

Nota a Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza 26 settembre - 19 novembre 2019, n. 46898, Presidente Carcano, Relatore Vessichelli

Stefania Di Buccio

Articolo

**101 SULLA
VULNERABILITÀ NEL
PROCESSO PENALE**

*Breve guida giuridico-
filosofica sulla vulnerabilità
della vittima di reato*

Marco Bouchard

Intervista

**131 INTERVISTA A PHILIP
ZIMBARDO - P.TE 4**

Uomini, donne e ambiente

Susanna Arcieri, Giovanna Baer,
Matteo Vizzardi, Philip G. Zimbardo

Intervista

**125 QUESTIONI DI FINE
VITA. INTERVISTA A
PAOLO DELLA SALA**

Alessia Palumbo, Paolo Della Sala

Intervista

**136 RIBALTARE LA
PROSPETTIVA: QUANDO
LA DELINQUENZA È
DONNA. INTERVISTA A
SILVANO MONTALDO**

Paola Emilia Cicerone, Silvano
Montaldo

Riflessione

1 **TI ODIO, “IN NOME DI DIO”.**
L’INCRIMINAZIONE DELL’ODIO E DELLA DISCRIMINAZIONE (IN PARTICOLARE, PER MOTIVI RELIGIOSI) NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

Fabio Basile

Riflessione

14 **CRIMINI D’ODIO. IL SENATO APPROVA LA MOZIONE PER L’ISTITUZIONE DI UNA COMMISSIONE STRAORDINARIA PER IL CONTRASTO DEI FENOMENI DI INTOLLERANZA, RAZZISMO, ANTISEMITISMO E ISTIGAZIONE ALL’ODIO E ALLA VIOLENZA**

Luciana Goisis

Riflessione

34 **PER LE SEZIONI UNITE IL DIVIETO DI PARTECIPARE A PUBBLICHE RIUNIONI IMPOSTO AL SORVEGLIATO SPECIALE È DA CONSIDERARSI LIMITATO ALLE SOLE RIUNIONI “IN LUOGO PUBBLICO”**

Nota a Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo (dep. 18 novembre) 2019, n. 46595, pres. D. Carcano, est. G. Rocchi, ric. A. e altro

Edoardo Zuffada

Riflessione

44 LA DEFINIZIONE DI UN SISTEMA PENALE MINORILE CONFORME AI PRINCIPI INTERNAZIONALI

Le osservazioni del Comitato ONU sui diritti del fanciullo a trent'anni dalla Convenzione di New York

Lucio Camaldo, Francesca Manfredini

Riflessione

59 AVVISO AI NAVIGANTI!

C'è una nuova bussola per arrivare davanti alla Corte Costituzionale: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 29460/2019. Alcune riflessioni

Paolo Oddi

Riflessione

68 IL VOLTO DELLA VIOLENZA

Jacob Bronowsky

Riflessione

95 L'IMPUGNABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO CON CUI IL TRIBUNALE COMPETENTE PER LE MISURE DI PREVENZIONE NEGA L'APPLICAZIONE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO RICHIESTO EX ART. 34 BIS, COMMA 6, DEL D.LGS. 6 SETTEMBRE 2011, N. 159

Nota a Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza 26 settembre - 19 novembre 2019, n. 46898, Presidente Carcano, Relatore Vessichelli

Stefania Di Buccio

Articolo

**101 SULLA
VULNERABILITÀ NEL
PROCESSO PENALE**

*Breve guida giuridico-
filosofica sulla vulnerabilità
della vittima di reato*

Marco Bouchard

Intervista

**131 INTERVISTA A PHILIP
ZIMBARDO - P.TE 4**

Uomini, donne e ambiente

Susanna Arcieri, Giovanna Baer,
Matteo Vizzardi, Philip G. Zimbardo

Intervista

**125 QUESTIONI DI FINE
VITA. INTERVISTA A
PAOLO DELLA SALA**

Alessia Palumbo, Paolo Della Sala

Intervista

**136 RIBALTARE LA
PROSPETTIVA: QUANDO
LA DELINQUENZA È
DONNA. INTERVISTA A
SILVANO MONTALDO**

Paola Emilia Cicerone, Silvano
Montaldo

Riflessione

— **Ti odio, "in nome di Dio".**

L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana

I hate you, "in the name of God". The indictment of hatred and discrimination (in particular, on religious grounds) in the Italian legislation

di Fabio Basile

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione e la legge Scelba del 1952. – 3. La legge 13 ottobre 1975, n. 654. – 3.1. Il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico. – 3.2. Il delitto di istigazione alla discriminazione, o di compimento di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. – 3.3. Il delitto di istigazione a commettere, o di commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. – 3.4. Il divieto di organizzazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. – 4. La legge Mancino del 1993. – 5. L'incriminazione del negazionismo (legge n. 115 del 2016). – 6. I delitti contro il sentimento religioso incriminano (anche) l'odio religioso? – 7. Chiusa.

SUMMARY: 1. Premise. – 2. The XII Constitution transitional and final provision and the 1952 Scelba law. – 3. The law of October 13, 1975, n. 654. – 3.1. The crime of propagating ideas based on racial or ethnic superiority or hatred. – 3.2. The crime of incitement to discrimination, or committing acts of discrimination on racial, ethnic, national or religious grounds. – 3.3. The crime of incitement to commit, or committing violence or acts of provocation to violence for racial, ethnic, national or religious reasons. – 3.4. The prohibition on organizations whose purposes include incitement to

discrimination or violence on racial, ethnic, national or religious grounds. – 4. The 1993 Mancino law. – 5. The indictment of denialism (law n. 115 of 2016). – 6. Do crimes against religious sentiment incriminate (even) religious hatred? – 7. Close.

1. Premessa.

Il presente scritto si propone di effettuare una ricognizione, lungo il filo della loro evoluzione cronologica, delle figure di reato messe in campo dal legislatore italiano per reprimere le manifestazioni di odio e gli atti di discriminazione, con particolare attenzione a manifestazioni e ad atti compiuti per motivi religiosi: un insieme di reati che, come vedremo, risulta vasto, complesso, a tratti intricato e ridondante.

L'obiettivo qui perseguito consiste, quindi, nel fornire una sintetica rassegna di tali reati, anche alla luce di talune loro applicazioni giurisprudenziali, mentre non è nei propositi, né nelle forze, di chi scrive, effettuare una completa analisi delle tante questioni, emerse in giurisprudenza o affrontate dalla dottrina, che questi reati hanno sollevato e sollevano tuttora¹.

2. La XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione e la legge Scelba del 1952.

Il punto di partenza della legislazione italiana anti-odio e anti-discriminazione può forse essere rinvenuto addirittura nella XII Disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana, la quale vieta la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista: una disposizione, ahinoi, transitoria ma non certo “transitata” o inattuale. Ancor prima, infatti, di alcuni recenti, inquietanti episodi di cronaca², o di procedimenti penali apertisi proprio in questi mesi³, è, infatti, la stessa Corte di Cassazione ad avvertirci che «nulla autorizza a ritenere [...] che il decorso di ormai molti anni dall'entrata in vigore della Costituzione renda scarsamente attuale il rischio di ricostituzione di organismi politico-ideologici aventi comune patrimonio ideale con il disciolto partito fascista o altre formazioni politiche analoghe. L'esigenza di tutela delle istituzioni democratiche non risulta, infatti, erosa dal decorso del tempo, e frequenti risultano gli episodi ove sono riconoscibili rigurgiti di intolleranza ai valori dialettici della democrazia e al rispetto dei diritti delle minoranze etniche o religiose»⁴.

Per dare attuazione alla XII Disposizione sopra citata, fu emanata, come noto, la legge 20 giugno 1952, n. 645, c.d. legge Scelba dal nome dell'allora Ministro dell'Interno, con la quale – per evidenti e contingenti motivi storici – si puniscono solo le manifestazioni d'odio e gli atti di discriminazione di matrice fascista: all'inizio degli anni Cinquanta ancora fresca e ben vivida era, infatti, la memoria del Ventennio, durante il quale la violenza, generata dall'odio, venne elevata a metodo di lotta politica, e la discriminazione, in specie quella etno-religiosa operata a carico degli ebrei, ad ideologia di Stato.

¹ Per una attenta trattazione di tali tematiche, nella dottrina penalistica più recente, v., tra i tanti, A. Spina, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia* 2016, p. 577 ss., in part. p. 587 ss.; C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 3 ss., nonché i vari saggi raccolti in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Padova, 2006, p. 3 ss., nonché, da ultimo, l'ampio e documentato lavoro monografico di L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2109, pp. 3 ss.

² Come quello, che tanto giustificato sdegno ha suscitato nell'opinione pubblica, dell'irruzione di un gruppo di Skinheads in un locale di Como dove era in svolgimento una riunione sul tema “immigrazione”: www.lastampa.it/2017/11/29/italia/irruzione-di-naziskin-a-una-riunione-sui-migranti-a-como-s194b0KnHUjOacncHk0K5H/pagina.html

³ Come quello apertosi a dicembre a Mantova, in cui il reato contestato è proprio quello di ricostituzione del partito fascista: v. milano.repubblica.it/cronaca/2018/12/12/news/fascismo_mantova_processo_fasci_italiani_del_lavoro-214074806/

⁴ Cass., Sez. I, 25 marzo 2014 (dep. 12 settembre 2014), Bonazza, n. 37577.

La legge Scelba⁵, oltre al fondamentale **divieto**, penalmente sanzionato, **di riorganizzazione del disciolto partito fascista** – intendendosi per tale un gruppo di persone non inferiore a cinque che persegua finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politica o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista, ovvero che rivolga la sua attività alla esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito o, infine, che compia manifestazioni esteriori di carattere fascista (artt. 1-3) – prevede anche i reati “minori” di:

- **apologia del fascismo** (art. 4), consistente nella **propaganda** per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo fascista, oppure nella **esaltazione pubblica** di esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure delle sue finalità antidemocratiche, punita con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa; nonché di
- **manifestazioni fasciste** (art. 5), con cui si punisce, con la reclusione sino a tre anni e con la multa, chi compie, partecipando a pubbliche riunioni, manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste⁶.

Nei decenni successivi al 1952, tuttavia, anche su sollecitazione internazionale, e quasi per “gemmazione” dalla legge Scelba, sono state via via introdotte nuove e più articolate figure di reato. Si tratta, come vedremo, di figure di reato che si pongono spesso in un rapporto di genere a specie con quelle della legge Scelba, e che hanno preso in considerazione anche altre “centrali dell’odio” e nuove categorie di vittime rispetto a quelle colpite dal Fascismo, determinando, peraltro, anche un graduale spostamento del baricentro della protezione, sicché si è passati dalla tutela del solo ordine pubblico/ordine democratico alla tutela, in via principale ma non esclusiva, della dignità/uguaglianza delle persone, come singoli e come gruppi.

3. La legge 13 ottobre 1975, n. 654.

Il primo ampliamento quali-quantitativo dell’intervento penale in materia, successivo alla legge Scelba, si è avuto con la legge 13 ottobre 1975, n. 654, di ratifica ed esecuzione della Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966, in particolare con l’art. 3 di tale legge, che prevede quattro distinte figure di reato⁷.

⁵ La legge Scelba è stata modificata prima dalla legge n. 152 del 1975 e poi dal decreto legge n. 122 del 1993, conv. con modd. dalla legge n. 205 del 1993. Nel testo faremo riferimento alla versione attualmente vigente. Per un’attenta illustrazione dei reati previsti dalla legge Scelba, v. S. Vinciguerra, voce *Sanzioni contro il fascismo*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 916 s.; A. Manna, voce *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. V, Torino, 1991, p. 139 ss.; D. Notaro, *Commento a l. 20 giugno 1952, n. 645. Norme di attuazione della XII disposizione transitoria e finale (comma primo) della Costituzione*, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 1081.

⁶ Si tratta del reato, previsto dalla legge Scelba, che ha conosciuto negli anni il maggior numero di applicazioni giurisprudenziali, anche di recente. Assai controverso risulta, in particolare, se di tale reato debbano rispondere coloro che fanno in pubblico il saluto romano: in argomento, v. S. Corbetta, *La rilevanza del saluto romano (nota a Cass., Sez. I, 25 marzo 2014, n. 37577)*, in *Dir. Pen. Proc.* 2014, 1175; A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Cont.* 9 maggio 2018, p. 1 ss.

⁷ L’art. 3 cit. è stato modificato prima dalla legge n. 101 del 1989, poi dal decreto legge n. 122 del 1993, conv. con modd. dalla legge n. 205 del 1993, e infine dalla legge n. 85 del 2006. Da ultimo, nel 2016 è stato introdotto il comma 3-bis, concernente l’ipotesi del c.d. negazionismo, di cui si dirà successivamente (v. *infra*, 5).

Prima di passare ad una breve illustrazione di ciascuna di queste figure di reato⁸, va *in limine* segnalato che, in attuazione del c.d. principio di riserva di codice⁹, il citato art. 3 (unitamente alla aggravante della legge Mancino, di cui si dirà *infra*, 4) è stato di recente travasato nel codice penale, all'art. 604-*bis* c.p. Sebbene tale travaso sia avvenuto senza modifica alcuna del testo, di rilievo è la circostanza che la previsione è ora collocata topograficamente nel Titolo XII del Libro Secondo del codice penale, titolo dedicato ai "Delitti contro la persona", all'interno del relativo Capo III, dedicato ai "Delitti contro la libertà individuale" e, più in particolare, nella nuova Sezione I-*bis*, dedicata ai "Delitti contro l'eguaglianza": e tale collocazione potrà senz'altro assumere un peso in sede di individuazione del bene giuridico tutelato dai delitti in parola¹⁰.

Sempre *in limine*, va altresì segnalato che l'ambito di applicazione del citato art. 3 (ora art. 604-*bis* c.p.) è stato negli anni ampliato per effetto di due interventi legislativi successivi al 1975:

- con l'art. 2 della legge 8 marzo 1989, n. 101 di recepimento dell'intesa tra lo Stato italiano e le Comunità ebraiche, si è infatti stabilito che «il disposto dell'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si intende riferito anche alle manifestazioni di **intolleranza e pregiudizio religioso**»;
- con l'art. 18-*bis* della legge 15 dicembre 1999, n. 482, recante norme in materia di tutela delle minoranze linguistiche e storiche, si è poi stabilito che «le disposizioni di cui all'art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, e successive modificazioni [...] si applicano anche ai fini di prevenzione e di repressione dei fenomeni di intolleranza e di violenza nei confronti degli appartenenti alle **minoranze linguistiche**»¹¹.

3.1. Il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico.

Ebbene, la prima figura di reato prevista dal citato art. 3 della legge n. 654 del 1975, per la precisione, dall'art. 3, co. 1, lett. a, **prima parte** (v. ora art. 604-*bis* co. 1, lett. a, prima parte, c.p.), è la **propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico**, punita con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a seimila euro.

In giurisprudenza, il reato di propaganda in esame è stato, ad esempio, riconosciuto in un caso in cui l'imputato aveva diffuso tramite un sito *web* testi su presunti omicidi rituali commessi dagli ebrei, nonché altri testi contenenti idee di tipo razzista contro il popolo ebraico, del seguente tenore: «i nemici satanici di Dio e del popolo, rappresentati dal capitalismo di stato marxista, dal capitalismo liberale e dal sionismo in collaborazione con l'ordine massonico internazionale, hanno infiltrato la Chiesa con il disegno di distruggere la Civiltà cristiana e rimpiazzarla con una filosofia materialista della vita e con il mammonismo. È nostra intenzione, da veri cristiani, dichiarare Guerra Santa contro i nemici di Dio e della nostra Chiesa Cristiana»¹².

⁸ Su tali figure di reato, per come modificate nel 1993, in dottrina v. per tutti G. De Francesco, *Commento all'art. 1 d.l. n. 122/93 conv. con modifiche dalla l. n. 205/93*, in *Leg. Pen.* 1994, p. 174 ss.; più di recente, A. Tesaro, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013, p. 3 ss., nonché G. Pavich, A. Bonomi, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Dir. Pen. Cont.* 13 ottobre 2014, p. 1 ss.

⁹ Si veda il d.lgs. n. 21 del 2018, in vigore dal 6 aprile 2018, per un primo commento al quale cfr. S. Bernardi, *Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, in *Dir. Pen. Cont.* 9 aprile 2018, p. 1 ss.

¹⁰ In argomento, v. G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2018, p. 1329 ss.

¹¹ L'art. 18-*bis* cit. è stato introdotto nella summenzionata legge n. 482 del 1999 dalla legge 23 febbraio 2001, n. 38, recante norme a tutela della minoranza linguistica slovena della regione Friuli-Venezia Giulia.

¹² Cass., Sez. III, 7 maggio 2008 (dep. 3 ottobre 2008), Mereu, n. 37581.

Con detta sentenza la Cassazione ha peraltro colto l'occasione, da un lato, per precisare che «**propagandare** indica l'attività di chi diffonde con la propaganda, cioè attraverso un'opera diretta a influenzare l'opinione pubblica o verosimilmente a modificare le idee e i comportamenti dei destinatari»¹³; dall'altro, e di conseguenza, per ribadire che il delitto di propaganda in esame non presenta profili di illegittimità costituzionale, né rispetto all'art. 21 Cost., né rispetto all'art. 33 Cost.:

- quanto all'art. 21 Cost., infatti, secondo la Cassazione, «il principio costituzionale della libertà di manifestazione del pensiero [...] non ha valore assoluto, ma deve essere coordinato con altri valori costituzionali di pari rango. In particolare, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero incontra il limite derivante dall'art. 3 Cost. che consacra solennemente la pari dignità e la eguaglianza di tutte le persone senza discriminazioni di razza, e in tal modo legittima ogni legge ordinaria che vieti e sanzioni anche penalmente, nel rispetto dei principi di tipicità e di offensività, la diffusione e la propaganda di teorie [razziste]¹⁴, basate sulla superiorità di una razza e giustificatrici dell'odio e della discriminazione razziale»¹⁵;
- parimenti, anche la libertà di ricerca storica e culturale e del relativo insegnamento, proclamate dall'art. 33 Cost., comma 1, secondo la Cassazione «sono limitate dall'obbligo costituzionale di rispettare la eguaglianza e la pari dignità delle razze e delle etnie [...]. Più in particolare, la libertà di ricerca e di insegnamento storico-culturale cessa quando travalica nella diffusione di idee basate sulla superiorità o sull'odio razziale ovvero nell'incitamento alla discriminazione razziale»¹⁶.

L'esclusione dell'illegittimità costituzionale del reato in parola rispetto agli artt. 21 e 33 Cost. ovviamente non osta a che, in relazione a singoli casi, le libertà ivi sancite possano essere invocate in funzione scriminante quali cause di giustificazione ai sensi dell'art. 51 c.p.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in un caso riguardante la giornalista e scrittrice Oriana Fallaci, a carico della quale furono avviate indagini per il reato di propaganda in esame per avere ella usato, all'interno del suo *pamphlet* "La forza della ragione", espressioni offensive nei confronti dell'Islam e dei suoi fedeli, inserite in un contesto che rivelava sentimenti di avversione e disprezzo verso ogni manifestazione proveniente da tutte le popolazioni di religione islamica (senza distinguere tra moderati ed estremisti) e volutamente dirette a disegnarne un'immagine temibile, connotata non soltanto da sanguinaria ostilità verso il mondo occidentale, ma anche da costumi retrivi e spregevoli. Tuttavia, in sede di udienza preliminare, il giudice ritenne «la configurabilità del reato di cui all'art. 3 della legge n. 654 del 1975 [...] esclusa dalla finalità dell'argomentazione, tesa unicamente a provocare la presa di coscienza del pericolo per l'Europa conseguente ad una massiccia immigrazione dei musulmani: come tale essa costituisce estrinsecazione della libertà di pensiero garantita dall'art. 21 Cost.»¹⁷, sicché la Fallaci alla fine non venne nemmeno rinviata a giudizio per il reato in esame.

3.2. Il delitto di istigazione alla discriminazione, o di compimento di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

¹³ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008, cit.

¹⁴ Nel testo originario compare la parola "antirazziste", ma si tratta con tutta evidenza di un refuso.

¹⁵ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008, cit.

¹⁶ Cass., Sez. III, 7 maggio 2008, cit.

¹⁷ G.U.P. Bergamo, ord. 16 maggio 2005, pubblicata per estratto in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, p. 1029 s.

La seconda figura di reato, prevista dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975, per la precisione, dall'art. 3, co. 1, lett. a, **seconda parte** (v. ora art. 604-*bis* co. 1, lett. a, seconda parte, c.p.), consiste nell'**istigazione alla discriminazione o nel compimento di atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi**, punita anch'essa – al pari della propaganda – con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a seimila euro.

Per meglio intendere la portata di questo reato possiamo preliminarmente ricordare, per un verso, che, in base ad una consolidata giurisprudenza di legittimità, l'istigazione qui rilevante «ha un contenuto fattivo [...] che realizza un *quid pluris* rispetto alla mera manifestazione di opinioni personali»¹⁸; per altro verso, che la definizione di “discriminazione razziale” è contenuta nella stessa Convenzione di New York del 1966, alla quale la legge del 1975 in parola ha dato attuazione. L'art. 1 di tale Convenzione, infatti, precisa che tale espressione «sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica»¹⁹.

In giurisprudenza, un'applicazione del delitto in parola, oltre che dell'anzidetto delitto di propaganda (*supra*, 3.1), si è avuta in un ulteriore caso di antisemitismo²⁰. L'imputato, un professore dell'Università di Cagliari, aveva pubblicato in una rivista accademica uno scritto dal titolo “Scontro tra cultura e metacultura scientifica: l'Occidente e il diritto naturale”, il cui estratto egli aveva poi inviato a numerose biblioteche italiane e straniere oltreché al Rabbino Capo di Roma. In questo scritto, l'imputato, vegetariano ed animalista convinto, aveva sostenuto il “diritto naturale” a non soffrire degli animali e la conseguente crudeltà del rito ebraico-islamico della macellazione degli animali. Partendo da tali presupposti, tuttavia, l'autore si era spinto ad affermare anche che «non ci si può dolere del fatto che questi [gli Ebrei] siano finiti nelle camere a gas naziste. Essi, non riconoscendo che vi deve essere un limite invalicabile che è il diritto naturale a non soffrire, quando la sofferenza può essere evitata, non possono pretendere che si abbia rispetto per la loro vita se non hanno mai avuto alcun rispetto per la vita degli animali, sacrificati a rispetto della barbarie della loro tradizione religiosa». Ad esplicazione ulteriore di tali affermazioni, nella lettera di accompagnamento del suo scritto al Rabbino Capo di Roma, l'imputato aveva altresì affermato: «maledetti ebrei credenti che rispettate ancora quel libro di macelleria che è il Levitico. Per voi dovrebbero essere usate ancora le camere a gas. [...] Sulla base del diritto naturale non dovrebbe essere un reato giustiziare un ebreo credente o islamico».

Nel confermare la sentenza di condanna, la Cassazione ha ritenuto «immune da censure avere ritenuto [da parte della Corte d'Appello] che lo scritto contenesse un *quid pluris* rispetto alla semplice, lecita, manifestazione del pensiero, per raggiungere la propaganda di idee fondate sull'odio razziale e per motivi religiosi e la connessa istigazione [...]; è del tutto evidente che vi

¹⁸ In tal senso, tra le tante, Cass., Sez. V, 24 gennaio 2001 (dep. 24 agosto 2001), Gariglio, n. 31655.

¹⁹ Tale definizione si ritrova, ripresa e ampliata anche al di là del mero ambito “razziale”, dall'art. 43 del d.lgs. 286 del 1998 (TU immigrazione), ai sensi del quale «costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose, e che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica». Infine, sempre a proposito di discriminazione, è opportuno ricordare che la Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000) ha riaffermato, all'art. 21, il divieto di «qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

²⁰ Cass., Sez. I, 13 marzo 2012 (dep. 28 maggio 2012), Melis, n. 20508.

sia stata denigrazione, se non altro proprio nel concetto di fondo di equiparare – sotto l’invocato usbergo del diritto naturale – la sofferenza degli animali a quella di chi subì l’olocausto: chi voglia, in una scala di valori tutta sua, innalzare gli animali, non può farlo abbassando l’uomo, né giungendo a svilire l’immane sacrificio di un Popolo»²¹. Secondo la Cassazione, infine, risulta altresì «condivisibile che vi sia stata anche istigazione, implicita (ma neanche tanto), ove si sostiene “non possono pretendere che si abbia rispetto per la loro vita”»²².

3.3. Il delitto di istigazione a commettere, o di commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

La terza figura di reato prevista dall’art. 3 della legge n. 654 del 1975, per la precisione, dall’art. 3, co. 1, lett. b (v. ora art. 604-*bis* co. 1, lett. b, c.p.), consiste nella **istigazione a commettere o nella commissione di violenza o di atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi**, punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Del delitto in parola, che rispetto alle summenzionate ipotesi di propaganda e istigazione alla discriminazione comporta un rilevante balzo in avanti della pena (come giustamente richiede l’*escalation* verso la “violenza”), non constano recenti applicazioni giurisprudenziali in tema di odio per motivi religiosi.

Una recente applicazione di questo delitto commesso, nella specie, per motivi razziali, si è, invece, avuta in relazione al caso di una esponente della Lega Nord, la quale aveva pubblicato sul proprio profilo Facebook, a commento della notizia di un tentato stupro ad opera di un africano e accanto alla foto della ex-ministra dell’integrazione nel governo Letta, Cecile Kyenge, il seguente *post*: «mai nessuno che se la stupri così tanto per capire cosa può provare la vittima di questo efferato reato, vergogna!»²³.

In tale sentenza la Cassazione, nel confermare la condanna – con un’affermazione che ha validità qualunque sia il motivo (razziale, etnico, nazionali o religioso) per cui il fatto viene commesso – osserva che la fattispecie in parola «configura un reato di pericolo a dolo specifico, ove l’agente opera con coscienza e volontà di offendere la dignità e la incolumità della vittima in considerazione di fattori etnici, religiosi o razziali, e si perfeziona indipendentemente dalla circostanza che l’istigazione sia raccolta dai destinatari [...]. La concreta ed intrinseca capacità di istigazione alla violenza della condotta può assumere le forme dell’incitamento, dell’inneggiamento, della induzione e deve essere valutata con riferimento al contesto specifico nel quale viene posta in essere»²⁴.

3.4. Il divieto di organizzazioni aventi tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

L’ultima e più grave figura di reato prevista dall’art. 3 della legge n. 654 del 1975, per la precisione, dall’art. 3, co. 3 (v. ora art. 604-*bis*, co. 2, c.p.), consiste nel **divieto di ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l’incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi**: la

²¹ Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, cit.

²² Cass., Sez. I, 13 marzo 2012, cit.

²³ Cass., Sez. I, 22 maggio 2015 (dep. 22 ottobre 2015), Valandro, n. 42727.

²⁴ Cass., sez. I, 22 maggio 2015, cit.

partecipazione a tali organizzazioni è punita con la reclusione da sei mesi a quattro anni; la promozione o direzione delle stesse con la reclusione da uno a sei anni.

In giurisprudenza un'applicazione del delitto in parola, commesso, tra l'altro, per motivi religiosi, si è avuta in relazione al c.d. caso Stormfront: i quattro condannati, accomunati da una vocazione ideologica di estrema destra nationalsocialista e legati ai suprematisti bianchi statunitensi, avevano formato il gruppo Stormfront, il quale diffondeva in rete e tramite volantaggio, idee fondate sulla superiorità della razza bianca e sull'odio razziale ed etnico, nonché messaggi di incitamento a commettere atti di discriminazione e di violenza, in pregiudizio della comunità ebraica, degli immigrati (ritenuti "bestie invasive"), di alcuni personaggi della televisione, segnalati come ebrei, nonché di alcuni personaggi pubblici italiani ritenuti "criminali" per aver aiutato gli immigrati o aver sostenuto la comunità ebraica²⁵.

Alcuni passaggi della motivazione di tale sentenza contribuiscono a meglio delineare, in termini generali, la figura di reato in esame. Ricorda, infatti, la Cassazione che «le disposizioni recate dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975, come è noto, sono frutto, sin dall'origine, del recepimento nell'ordinamento interno della Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale [...], che comportava, per gli Stati Parte, un obbligo positivo di incriminazione»²⁶. Di conseguenza, prosegue la Cassazione, in sede di applicazione del reato di cui all'art. 3, co. 3, deve farsi ricorso al «canone consolidato che allorché una disposizione interna ha la funzione di dare attuazione a un obbligo di legislazione, la prima deve per quanto possibile essere letta e interpretata in senso conforme alla normativa o direttiva recepita. E dalla lettura dell'art. 4 della Convenzione, da cui scaturisce la norma incriminatrice in esame, pare evidente che nella struttura della fattispecie l'obbligo di incriminazione è riferito alla partecipazione a organizzazioni di qualsivoglia tipo "che promuovono ed incitano la discriminazione razziale". La oggettiva manifestazione di tali specifiche condotte, individuate dalla Convenzione non come meri possibili oggetti di cogitazioni dei fori interni ma avuto riguardo alla loro effettiva esternazione e direzione al proselitismo, è da ritenere per conseguenza requisito essenziale della fattispecie cui si riferisce l'obbligo internazionale, secondo una interpretazione che sia, al contempo, convenzionalmente e costituzionalmente conforme, perché rispettosa, per tale via, anche dei principi di materialità e offensività»²⁷.

4. La legge Mancino del 1993.

Proprio alle organizzazioni vietate dall'art. 3 co. 3 della legge n. 654 del 1975, ora art. 604-bis co. 2 c.p. (*supra*, 3.4), fanno riferimento i due reati di «esibizionismo razzista»²⁸, previsti dall'art. 2 del d.l. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con mod. in legge 25 giugno 1993, n. 205, recante "misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa", meglio nota, dal nome dell'allora Ministro dell'Interno, legge Mancino²⁹.

A rinforzo e corredo, infatti, del divieto di promuovere e partecipare alle organizzazioni aventi tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, l'art. 2 co. 1 della legge Mancino punisce, con la reclusione fino a tre anni e con la multa, chi, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi

²⁵ Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016 (dep. 5 agosto 2016), Scarpino, n. 34713.

²⁶ Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, cit.

²⁷ Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, cit.

²⁸ Così, efficacemente, li denomina A. Spina, *La parola(-)odio*, cit., p. 588.

²⁹ In argomento, v., tra gli altri, L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama*, in *Critica dir.*, 1994, 14 ss.; S. Del Corso, *Commento all'art. 2, d.l. 122/1993*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 207 ss.

o simboli propri o usuali di dette organizzazioni, mentre il successivo co. 2 punisce, con l'arresto da tre mesi ad un anno, chi acceda con siffatti emblemi o simboli a luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche³⁰.

Ma la disposizione più "famosa" e di più frequente applicazione giurisprudenziale della legge Mancino è indubbiamente costituita dal suo art. 3, il quale – a differenza delle disposizioni finora viste – non contempla un'autonoma figura di reato, bensì una (duplice) circostanza aggravante, applicabile ai reati commessi (i) per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero (ii) al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità.

Trattasi di un'aggravante quasi-comune, in quanto applicabile ad un numero amplissimo di reati (tutti quelli punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo)³¹; ad effetto speciale, capace di determinare un pesante aumento della pena-base (fino alla metà); ed infine "blindata", in quanto sottratta, per effetto del successivo comma 2, al giudizio di bilanciamento (art. 69 c.p.) con eventuali circostanze attenuanti concorrenti, diverse da quella della minore età, prevista dall'art. 98 c.p.

Peraltro, nel 2018 anche l'art. 3 della legge Mancino è stato interessato dalla c.d. riserva di codice, e quindi travasato – senza modifica alcuna – nel codice penale, all'art. 604-ter c.p., anch'esso (al pari dell'art. 604-bis c.p. sopra menzionato), all'interno della nuova Sezione I-bis, dedicata ai "delitti contro l'eguaglianza".

In giurisprudenza, un'applicazione dell'aggravante in parola in un caso di odio (anche) religioso si è avuta con una sentenza del 2011, che ha ritenuto presente tale aggravante in relazione ad un reato di minaccia (art. 610 c.p.), commesso dall'imputato, il quale effettuava alcune telefonate all'indirizzo della persona offesa (in specie, una docente di storia e studiosa delle persecuzioni razziali antisemite avvenute in Italia durante l'occupazione nazista), prospettandole alcuni mali ingiusti (stupro), rientranti nel genere di quelli praticati nel lager nazista della risiera di San Saba, e manifestando altresì odio nei confronti del popolo ebraico ed esultanza per le persecuzioni di cui esso è stato vittima³².

La sentenza in esame presenta, peraltro, un profilo di particolare interesse in quanto la persona offesa non era, nella specie, ebrea, ma secondo la Cassazione l'aggravante dell'art. 3 ricorre «non solo quando il reato sia rivolto ad un appartenente al popolo ebraico, in quanto tale, ma anche quando sia indirizzato a coloro che, per le più diverse ragioni, siano accomunati dall'agente alla essenza e ai destini del detto popolo»³³.

Per completare questa breve illustrazione dell'art. 3 della legge Mancino (ora art. 604-ter c.p.), possiamo infine richiamare una sua recentissima applicazione – per quanto non riferita

³⁰ Anche il successivo co. 3 dell'art. 2 della legge Mancino si occupa delle competizioni agonistiche, prevedendo un divieto di avvicinamento ai luoghi dove tali competizioni si svolgono a carico, tra l'altro, di persone denunciate o condannate per uno dei reati previsti dall'art. 3 della legge n. 654 del 1975: in tal modo il legislatore mostra piena consapevolezza delle interconnessioni esistenti tra i reati d'odio e di discriminazione e il fenomeno delle tifoserie estremiste.

³¹ Una identica formula segna il campo di applicazione dell'aggravante "mafiosa" di cui all'art. 7 del decreto legge n. 152 del 1991, conv. con modd. dalla legge n. 203 del 1991 (v. ora art. 416 bis.1 c.p.), a proposito della quale la giurisprudenza, adottando un'interpretazione estensiva, ha ritenuto che essa sia applicabile anche ai delitti *astrattamente* punibili con la pena edittale dell'ergastolo e pertanto può essere validamente contestata anche con riferimento ad essi, ma opera *in concreto* solo se, di fatto, viene inflitta una pena detentiva diversa dall'ergastolo: cfr. Cass., SS.UU., 18 dicembre 2008 (dep. 9 gennaio 2009), n. 337, Antonucci. Ebbene, una tale interpretazione estensiva – attesa l'identità di formulazione – potrebbe senz'altro essere adottata anche per l'aggravante dell'art. 3 della legge Mancino.

³² Cass., Sez. V, 19 ottobre 2011 (dep. 12 gennaio 2012), Deganutti, n. 563.

³³ Cass., Sez. V, 19 ottobre 2011, cit.

all'odio per motivi religiosi: si trattava di un pestaggio di alcuni immigrati per motivi razziali – in cui si ritrova una sintetica ricapitolazione delle “condizioni d’uso” di questa aggravante, applicabile, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, in presenza di espressioni che rivelino la volontà di discriminare la vittima in ragione della sua appartenenza etnica o religiosa: situazione che ricorre «non solo allorché l’espressione riconduca alla manifestazione di un pregiudizio nel senso dell’inferiorità di una determinata razza [o religione, n.d.a.]; ma anche quando la condotta, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto in cui si colloca, risulta intenzionalmente diretta a rendere percepibile all’esterno e a suscitare in altri analogo sentimento di odio etnico [o religioso, n.d.a.], e comunque a dar luogo, in futuro o nell’immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori»³⁴.

5. L’incriminazione del negazionismo (legge n. 115 del 2016).

L’ultimo – in ordine cronologico – intervento legislativo, diretto ad incriminare manifestazioni d’odio su base (anche) religiosa, si deve alla legge 16 giugno 2016, n. 115, la quale ha aggiunto un nuovo comma, il 3-*bis*, al già citato art. 3 della legge n. 654 del 1975, prevedendo la specifica ipotesi del c.d. negazionismo (v. ora, dopo il travaso dell’art. 3 cit. nel codice penale per effetto del principio di riserva di codice, art. 604-*bis* co. 3 c.p.).

In base alla nuova disposizione, «si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l’istigazione e l’incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione [sulla minimizzazione in modo grave o sull’apologia] della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232». Le parole sopra riportate tra parentesi quadre sono state aggiunte al testo vigente dall’art. 5 della Legge europea 2017 (l. 20 novembre 2017, n. 167) al fine di dare (così la rubrica di detto art. 5) «completa attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale»³⁵.

Come subito sottolineato dai primi commentatori³⁶, la disposizione in esame – di cui finora non constano applicazioni giurisprudenziali – non brilla certo per chiarezza e precisione. Peraltro, dopo l’introduzione, avvenuta nel 2017, dell’“apologia” della Shoah o dei crimini di genocidio tra le condotte punibili, si porrà anche un grave problema di coordinamento di questa fattispecie con l’art. 8 co. 2 della legge n. 962 del 1967 (legge intitolata “Prevenzione e

³⁴ Cass., Sez. V, 23 marzo 2018, (dep. 12 luglio 2018), S.E., n. 32028. In termini pressoché identici, anche Cass., Sez. V, 14 febbraio 2018 (dep. 28 marzo 2018), n. 14200, in relazione a reati di atti persecutori, minaccia e percosse, aggravati dalla finalità di discriminazione e di odio etnico e razziale.

³⁵ L’art. 5 della Legge europea 2017 ha anche inserito, nel d.lgs. n. 231 del 2001 (responsabilità da reato degli enti), l’art. 25-*terdecies* (Razzismo e xenofobia), il cui testo è il seguente:

«1. In relazione alla commissione dei delitti di cui all’art. 3, comma 3-*bis*, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, si applica all’ente la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote.

2. Nei casi di condanna per i delitti di cui al comma 1 si applicano all’ente le sanzioni interdittive previste dall’art. 9, comma 2, per una durata non inferiore a un anno.

3. Se l’ente o una sua unità organizzativa è stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei delitti indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell’interdizione definitiva dall’esercizio dell’attività ai sensi dell’art. 16, comma 3».

Sulle novità apportate dall’art. 5 della Legge europea 2017, v. A. Galluccio, *Modificata l’aggravante di negazionismo e inserito l’art. 3 c. 3-bis l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex d.lgs. 231/2001*, in *Dir. Pen. Cont.* 20 dicembre 2017, p. 1 ss.

³⁶ V., per tutti, A. Nocera, *Manifestazioni fasciste*, cit., p. 5; E. Fronza, *Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo*, in *Parola alla difesa*, 2016, online al seguente link: www.parolaalladifesa.it/wp-content/uploads/2016/09/Parola-alla-difesa_Prime-osservazioni-critiche-sulla-nuova-aggravante-di-negazionismo.pdf. Della stessa Autrice, per una trattazione ad ampio respiro della questione della incriminazione del negazionismo, v. E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012, p. 3 ss.

repressione del delitto di genocidio”) che punisce, in termini ben più gravi (reclusione da tre a dodici anni), la pubblica apologia dei delitti di genocidio³⁷.

Ma a parte questi “inconvenienti” di tipo tecnico, inerenti alla formulazione della nuova disposizione, la stessa scelta di incriminare il negazionismo ha suscitato, come è noto, molte polemiche e forti perplessità, che in questa sede possiamo limitarci a sintetizzare con un’efficace riflessione tratta da uno scritto di Pulitanò³⁸, il quale ben evidenzia che qui non è certo in discussione l’esistenza di un bene giuridico e la meritevolezza della sua protezione: basterebbe pensare a che ne sarebbe del nostro universo etico-politico, ove mai i negazionisti riuscissero a “trionfare”. Qui la questione controversa riguarda, invece, la necessità della pena, vale a dire se davvero tale importantissimo bene giuridico – la memoria degli orrori passati e la dignità di popoli in passato perseguitati – debba essere tutelato, e possa esserlo in modo adeguato, attraverso il ricorso alla sanzione penale.

6. I delitti contro il sentimento religioso incriminano (anche) l’odio religioso?

Prima di chiudere questo nostro scritto conviene affrontare ancora un’ultima questione: i delitti contro il sentimento religioso, e in particolare il delitto di offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.), possono essere anch’essi utilizzati per reprimere le manifestazioni d’odio e gli atti di discriminazione per motivi religiosi?

La questione trova la sua ragion d’essere nella seguente considerazione: sebbene i delitti di cui agli artt. 403 ss. c.p. siano posti a tutela del sentimento religioso, e non già dell’ordine pubblico/democratico o della dignità/uguaglianza delle persone (che sono, invece, i beni giuridici ricondotti nell’alveo di tutela dei reati d’odio sopra esaminati), è tuttavia indubbio che l’offesa al sentimento religioso costituisca altresì una manifestazione di disprezzo, di dilleggio, se non senz’altro di odio, per chi tale sentimento nutre.

Una siffatta commistione di piani di offesa fa, quindi, sì che, talora, in relazione ad una medesima condotta, venga contestato sia il delitto di cui all’art. 403 c.p., sia un reato d’odio (tra quelli anzidetti) o l’aggravante della legge Mancino. Ciò si è verificato, ad esempio, nella vicenda di Oriana Fallaci già sopra ricordata (*supra*, 3.1), la quale, per la pubblicazione del suo *pamphlet* “La forza della ragione”, oltre che per il delitto di propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull’odio razziale o etnico (art. 3, co. 1, lett. a, prima parte, l. 654 del 1975; ora art. 604-*bis* co. 1, lett. a, prima parte, c.p.), fu, nel medesimo procedimento, altresì indagata per il delitto di offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.). E se, come abbiamo sopra visto, l’invocazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero (art. 21 Cost. in combinato disposto con art. 51 c.p.) era valsa a scongiurarle il rinvio a giudizio per il primo delitto (quello di propaganda), per il delitto di cui all’art. 403 c.p. ella fu, invece, rinviata a giudizio³⁹. Senonché

³⁷ I delitti di genocidio sono previsti negli artt. 1-5 della legge n. 962 del 1967: art. 1 - Atti diretti a commettere genocidio; art. 2 - Deportazione a fine di genocidio; art. 3 - Morte derivante dai precedenti due delitti; art. 4 - Atti diretti a commettere genocidio mediante limitazione delle nascite; art. 5 - Atti diretti a commettere genocidio mediante sottrazione di minori. Per una rara applicazione del delitto di apologia di genocidio di cui all’art. 8 co. 2 della legge n. 962 del 1967, v. Cass., Sez. I, 29 marzo 1985 (dep. 23 luglio 1985), n. 7298, Abate, in *Foro it.* 1986, II, 19 ss., con nota di G. Fiandaca, la cui massima è la seguente: «il reato previsto dall’art. 8 della legge n. 962 del 1967 è un reato di pura condotta che viene sanzionato per la sua intollerabile disumanità, per l’odioso culto dell’intolleranza razziale che esprime, per l’orrore che suscita nelle coscienze civili. Ne consegue che la condotta idonea ad integrarne gli estremi non è già quella capace di generare un improbabile contagio di idee e di propositi genocidiari, ma quella di manifestare chiaramente l’incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio, per cui ne rispondono coloro che si richiamano ai campi di sterminio, o attuino lo squallido umorismo dello *slogan*, “saponette, saponette”, allusivo alla tecnica di distribuzione delle spoglie carnali delle vittime».

³⁸ D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d’odio*, in *Dir. Pen. Cont.* 16 marzo 2015, p. 2 ss.

³⁹ G.U.P. Bergamo, ord. 16 maggio 2005, cit.

il relativo processo, come è noto, poi non si celebrò per la sua sopravvenuta morte nel 2006, sicché non sapremo mai se, all'esito del dibattimento, l'imputazione per il delitto di offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone avrebbe condotto ad una condanna.

È comunque probabile di no, in quanto l'orientamento prevalente ritiene che l'art. 403 c.p. possa essere applicato solo qualora siano vilipesi una o più persone determinate, accomunate dall'appartenenza ad una medesima confessione religiosa, e non già l'indistinta collettività dei fedeli di tale confessione religiosa⁴⁰: il vilipendio di tutti i cristiani, ad esempio, o di tutti i musulmani (come nella vicenda della Fallaci) fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 403 c.p.⁴¹

È per tale motivo che si è concluso con l'assoluzione anche un recente procedimento, celebrato per il delitto di cui all'art. 403 c.p., in cui l'offesa era indirizzata, ancora una volta, alla indistinta collettività dei fedeli di una confessione religiosa: si tratta del procedimento che ha visto imputato il direttore di un quotidiano nazionale, il quale, all'indomani degli attentati terroristici di Parigi del 13 novembre 2015, aveva pubblicato sulla prima pagina del suo giornale un articolo recante il titolo "Bastardi islamici"⁴². Nell'assolvere «perché il fatto non sussiste», il giudicante – pur riconoscendo la valenza «provocatoria» e «offensiva» di tale titolo, indubbiamente destinato a «chiamare in causa» coloro che professano la religione islamica «in quanto associati ai terroristi» – ha, tuttavia, escluso la ricorrenza del reato di cui all'art. 403 c.p.: sul piano della tipicità, infatti, tale reato richiede che l'offesa sia diretta alla persona, e che il sentimento religioso della collettività dei fedeli sia offeso «attraverso» la condotta offensiva, sicché non vi è vilipendio se l'offesa, come nella specie, «è rivolta alla moltitudine indifferenziata dei credenti»⁴³.

A carico del medesimo direttore di quotidiano si è celebrato anche un altro procedimento per il delitto di cui all'art. 403 c.p., per aver egli pubblicato, all'indomani della strage consumata presso la sede del giornale satirico Charlie Hebdo del 7 gennaio 2015, un articolo di apertura con il titolo "Questo è l'Islam" apposto immediatamente sopra la fotografia dell'esecuzione capitale commessa da uno dei terroristi in occasione di tale attentato⁴⁴. Anche tale procedimento si è chiuso (per ora, in primo grado) con l'assoluzione «perché il fatto non sussiste», per quanto il giudice abbia riconosciuto che l'accostamento dell'Islam, nella sua interezza, al terrorismo, operato con quella impaginazione, risulta esorbitante dall'area del diritto di cronaca e di critica, sicché indubbiamente è stato realizzato un vilipendio alla religione islamica: «qualsiasi lettore medio (...) riceve un messaggio chiaro ed univoco di un'assimilazione assolutizzante tra Islam e terrorismo». Senonché, rileva conclusivamente il giudice, l'art. 403 c.p. punisce il vilipendio alle

⁴⁰ Sul punto, anche per i doverosi richiami di dottrina e giurisprudenza, sia consentito rinviare a F. Basile, *Commento agli artt. 403 ss.*, in E. Dolcini, G. Marinucci (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 1827 ss.

⁴¹ Per un celebre, ma risalente caso in cui la sussistenza del delitto di cui all'art. 403 è stata negata in quanto oggetto materiale di vilipendio era la comunità degli ebrei nel suo insieme, e non una o più persone determinate, v. Cass. 24 febbraio 1964, Durando, in *Giur. It.* 1964, II, p. 241 ss. Per un caso più recente, in cui per lo stesso motivo si è ritenuto insussistente il delitto in una ipotesi di vilipendio della Congregazione dei Testimoni di Geova nel suo insieme, v. T. Venezia, 10 marzo 1992, Faraon, in *Foro It.* 1992, II, p. 705 ss. In tempi più recenti, la Cassazione sembrerebbe, tuttavia, essersi discostata da tale orientamento consolidato, giacché ha ritenuto che per la configurabilità del reato di cui all'art. 403 c.p. non occorra che le espressioni di vilipendio siano rivolte a persone determinate, ben potendo invece essere genericamente riferite alla indistinta generalità dei fedeli (nella specie si trattava di frasi allusive a pratiche pedofile di sacerdoti per diffondere il «sacro seme del cattolicesimo»): Cass., Sez. III, 11 dicembre 2008 (dep. 10 marzo 2009), Donvito, n. 10535, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.* 2009, p. 1049 ss. Come, tuttavia, ha giustamente rilevato G. Casuscelli, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, V ed., 2015, p. 366, in tal modo si finirebbe per far rivivere il "vecchio" reato di vilipendio della religione (cattolica), contrariamente alle indicazioni della Corte costituzionale (che con la sentenza n. 508 del 2000 ha dichiarato illegittimo il reato di cui all'art. 402 c.p.), e dello stesso legislatore (che con la legge n. 85 del 2006 non l'ha ripristinato, pur avendone avuto, in teoria, la possibilità).

⁴² Trib. Milano, 18 dicembre 2017, Belpietro (irrevocabile dal 2 febbraio 2018), inedita. All'imputato era altresì contestata l'aggravante della finalità di discriminazione e di odio religioso, di cui all'art. 3 della legge Mancino.

⁴³ Trib. Milano, 18 dicembre 2017, Belpietro, cit.

⁴⁴ Trib. Milano, 1 luglio 2018, Belpietro, inedita. Anche in questo procedimento all'imputato era altresì contestata l'aggravante della finalità di discriminazione e di odio religioso, di cui all'art. 3 della legge Mancino.

persone, mentre la sua estensione alle offese arrecate alla religione come tale comporterebbe una sua «applicazione analogica *in malam partem*»⁴⁵. Inoltre «sotto il profilo sistematico, tale soluzione finirebbe col contraddire l'intenzione del legislatore, come tracciata dal riformatore del 2006, il quale – nell'aderire ai rilievi espressi dalla Corte costituzionale con riguardo ai reati tuttora in vigore – nel contempo deliberatamente e definitivamente decideva di non riservare una tutela penale esclusiva al patrimonio ideale delle confessioni religiose come tali»⁴⁶.

7. Chiusa.

Come avevamo anticipato all'inizio di questo scritto, il quadro delle figure di reato messe in campo dal legislatore italiano per reprimere le manifestazioni di odio e gli atti di discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) risulta vasto, complesso, a tratti intricato e ridondante, e ciò nondimeno non privo di lacune, come proprio i procedimenti da ultimo richiamati (*supra*, 6) dimostrano.

Nell'osservare tale quadro, si fa strada, allora, una riflessione conclusiva: è ben probabile che il diritto penale non costituisca sempre lo strumento migliore per risolvere tensioni e appianare contrasti collegati alle convinzioni e alle appartenenze religiose. Ci muoviamo, infatti, in un terreno in cui occorre ricercare punti di equilibrio, operare negoziazioni, bilanciare manifestazioni di libertà democratiche che entrano in potenziale conflitto, e un compito siffatto non può certo essere svolto adeguatamente con la "spada" del diritto penale⁴⁷. Molto più proficuo risulterebbe, invece, sollecitare lo Stato, le istituzioni pubbliche (scuole e università *in primis*), e le comunità intermedie (le confessioni religiose, ma anche gli ordini professionali della stampa e della comunicazione massmediatica) affinché promuovano "buone prassi" di rispetto e responsabilità civica, e sviluppino, sul lungo periodo, un modello di convivenza multietnico, multiculturale e multireligioso in grado di estirpare le radici di intolleranza su cui germogliano le manifestazioni di odio e gli atti di discriminazione per motivi (anche) religiosi⁴⁸.

⁴⁵ Trib. Milano, 1 luglio 2018, Belpietro, cit.

⁴⁶ Trib. Milano, 1 luglio 2018, Belpietro, cit.

⁴⁷ Con valutazioni estese a tutta la gamma dei reati d'odio (qualunque sia il motivo dell'odio), v. A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà di espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.* 15 luglio 2013, p. 5.

⁴⁸ Per una riflessione in tal senso, v. C. Cianitto, *Quando la parola ferisce. Blasfemia e incitamento all'odio religioso nella società contemporanea*, Torino, 2016, p. 224 ss.

Riflessione

— Crimini d'odio. Il Senato approva la mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza

Hate Crimes. The Senate approves the motion for the creation of a Special Commission aimed to oppose phenomena of intolerance, racism, antisemitism and incitement to hate and violence

di Luciana Goisis

SOMMARIO: 1. Premessa. I crimini e i discorsi d'odio. – 2. La spirale dell'odio: i dati statistici. – 3. La mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza. – 4. L'*hate speech* nei documenti internazionali e nella giurisprudenza della Corte EDU. – 5. La legislazione italiana. Cenni. – 6. Conclusione. Una mozione a favore della tolleranza, *rectius* dell'uguaglianza.

SUMMARY: 1. Premise. Hate crimes and hate speeches. – 2. The escalation of hate: statistical data. – 3. The motion for the creation of a Special Commission aimed to oppose phenomena of intolerance, racism, antisemitism and incitement to hate and violence. – 4. Hate speech in international documents and in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. – 5. The Italian legislation. Hints. – 6. Conclusion. A motion in favour of tolerance, *rectius* of equality.

1. Premessa. I crimini e i discorsi d'odio.

Come è stato icasticamente affermato, a dispetto del precetto biblico, «l'odio [...] esiste. [...] Perché l'odio non è per nulla un errore o un incidente di percorso. Al contrario, è in noi e attorno a noi»¹.

Non è tuttavia al solo concetto di odio che emerge dal senso comune e nel linguaggio corrente – quale sentimento di forte e persistente avversione per cui si desidera il male o la rovina altrui² – che ci si può rifare per cogliere l'essenza della discussa categoria criminologica e penalistica dei crimini d'odio. Occorre piuttosto fare appello alle nozioni di psicologia sociale. E segnatamente alla “psicologia del pregiudizio”, elaborata originariamente da Allport³, e di recente riproposta nell'opera di Brown, *Psicologia del Pregiudizio*, il quale, con una più moderna definizione del pregiudizio, lo descrive come «qualsiasi atteggiamento, emozione o comportamento nei confronti di un gruppo che si esprima direttamente o indirettamente in negatività e antipatia nei confronti del gruppo stesso»⁴. Il pregiudizio non è, per la psicologia sociale, un giudizio avventato o sbagliato, né un giudizio irrazionale perché inquinato dalla incapacità, da parte di chi lo formula, di percepire in modo corretto un oggetto o un fenomeno sociale. Esprime piuttosto una presa di posizione squalificante originata da dinamiche di gruppo, rivolta ai membri di un gruppo sociale diverso dal proprio, per la loro sola appartenenza a quest'ultimo.

Ebbene, è a tale concetto che vanno ricondotti i crimini d'odio, che, non a caso, vengono talora inquadrati quali crimini di pregiudizio, o *bias crimes*, una nomenclatura che si contende il campo con la formula *hate crimes*, di fatto assimilate in una endiadi nella letteratura specialistica sul tema. Alla base, infatti, dei crimini d'odio o di pregiudizio, vi è il conflitto fra gruppi, teorizzato, come noto, dal pensiero criminologico critico⁵.

Se si guarda, segnatamente, alla definizione più accreditata di crimine d'odio, emersa in sede europea grazie alla proattività dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (molto più incerto l'inquadramento nella dottrina criminologica e penalistica), si evince che si tratta di crimini che si compongono di due elementi: innanzitutto una condotta che costituisce reato (qualsiasi tipo di reato); in secondo luogo, la commissione di tale condotta deve essere ispirata da un motivo di pregiudizio (*bias*) contro una “caratteristica protetta”, appartenente ad un gruppo, come può essere la razza, la lingua, la religione, l'etnia, la nazionalità o altre caratteristiche simili, nelle quali si annoverano il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere, oltre, talvolta, la disabilità⁶.

A tale ampia categoria va ascritto anche il discorso d'odio (*hate speech*) in rapporto di specie a genere rispetto al crimine d'odio.

¹ A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà d'espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 luglio 2013, pp. 1 ss.

² Così nella definizione fornita dalla stessa Treccani. Si veda il sito www.treccani.it.

³ G.W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, 1954, p. 469. Si veda, nella traduzione italiana a cura di M. Chiarenza, G.W. Allport, *La natura del pregiudizio*, La Nuova Italia, 1973, pp. 641 ss.

⁴ Cfr. l'opera di R. Brown, *La psicologia del pregiudizio*, Il Mulino, 2013, p. 39.

⁵ Cfr., per tutti, nell'ambito del paradigma criminologico conflittuale, l'opera di G.B. Vold, T.J. Bernard, *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1986, p. 274.

⁶ Cfr. Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odihhr, 2009, p. 16.

La diffusione dei crimini e dei discorsi d'odio è testimoniata dalle più recenti indagini comparatistiche⁷ che evidenziano come siano numerose le legislazioni che hanno adottato discipline penali volte al contrasto di tali fenomeni.

L'indagine comparata, estesa ai principali ordinamenti di *common law* e di *civil law*, restituisce un'immagine nitida: il ricorso al diritto penale – sia attraverso la previsione di una circostanza aggravante in caso di reato motivato dall'odio sia attraverso la previsione di fattispecie autonome di reato volte ad incriminare sia i crimini d'odio che i discorsi d'odio – è costante e considerato non solo **legittimo**, come del resto chiarisce ripetutamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, ma anche **opportuno** e, di più, **dovuto**. Ciò in ossequio ad un **bene giuridico**, la **dignità umana**, che – a dispetto delle critiche di evanescenza – è considerato in tutti i contesti stranieri (come in quello italiano) il bene giuridico di categoria meritevole di tutela da parte delle discipline penali antidiscriminatorie, così come interpretate dalla giurisprudenza ordinaria e costituzionale.

Parimenti indiscusso in sede europea così come oltreoceano è un approccio integrato ai crimini d'odio: fra le caratteristiche protette compaiono quelle tradizionalmente oggetto di tutela, quali la razza, l'etnia, la nazionalità e la religione, ma anche, quasi invariabilmente, il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere (oltre, talvolta, la disabilità), caratteristiche, queste ultime, oggetto di dibattito nel nostro ordinamento giuridico che prevede – nell'ambito del noto disposto della legge Reale-Mancino, oggi parzialmente trasfuso, a seguito della riserva di codice, nel codice penale, tra i delitti contro l'uguaglianza (artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p.) – una disciplina penale per il contrasto delle **sole** discriminazioni razziali, etniche, nazionali e religiose. Questo dato è indice di un chiaro e non più tollerabile vuoto di tutela e di una lacuna normativa che ci espone al rischio concreto di una futura condanna da parte della Corte europea dei diritti umani per mancata tutela delle caratteristiche quali il genere, l'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Sulla **legittimità**, sull'**opportunità** e sulla **doverosità** di una disciplina penale di contrasto ai crimini d'odio – razziale, etnico, nazionale, religioso, di genere e omotransfobico – l'indagine comparata appone un sigillo, evidenziando altresì la dannosità correlata alla perpetrazione di tali crimini.

La criminologia, soprattutto straniera, ha acclarato la maggior dannosità dei crimini d'odio, capaci di colpire la vittima prima del reato – ferita, come sottolinea la psichiatria, nel profondo della sua identità e dunque assai più incisivamente di quanto avviene per i crimini ordinari – ma anche il gruppo, oggetto storicamente di discriminazione, nonché la società nella sua interezza. Lungi dall'esaurire i propri effetti sulla vittima singola, i crimini d'odio sembrano infatti avere un forte impatto negativo anche sul gruppo, individuato in base a razza, etnia, lingua, religione, orientamento sessuale, disabilità, genere ed identità di genere, in cui la vittima si identifica. Il gruppo infatti sente su di sé l'intimidazione e la minaccia rappresentata dal crimine d'odio e questo crea paura e ansia nel gruppo oggetto di discriminazione: anche in questo senso si ritiene che i crimini d'odio differiscano profondamente dai crimini ordinari, rivelandosi maggiormente dannosi socialmente. A tale ultimo proposito, si sottolinea come i crimini d'odio si rivelino dannosi non solo per la vittima e per il gruppo di appartenenza, ma anche per la società nel suo complesso. Ciò perché questi crimini ledono il valore della sicurezza dei membri della società, ma soprattutto il valore dell'uguaglianza fra cittadini e l'armonia all'interno di una società eterogenea. È, dunque, indubbio, per la criminologia, che tali crimini minino alla radice (più dei

⁷ Sia consentito, per un'indagine comparatistica, il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2019, pp. 45 ss.

crimini ordinari) le fondamenta di una società democratica fondata sul principio della pari dignità di tutti gli esseri umani⁸.

Non solo. Testimonianza della diffusione degli *hate crimes*, in tutte le forme summenzionate, è data altresì oggi, oltre che dal dato comparatistico, anche dal dato statistico relativo all'incidenza di simili crimini nella realtà sociale.

2. La spirale dell'odio: i dati statistici.

Che si assista ad una "crescente spirale" dei fenomeni di odio⁹ è comprovato dalle più recenti statistiche sugli *hate crimes*¹⁰. Benché nell'ordinamento italiano si registrino scarse rilevazioni statistiche sui crimini d'odio, esse tuttavia segnalano dati allarmanti.

Si tratta delle rilevazioni dell'Oscad e dell'Unar¹¹, che testimoniano l'incidenza significativa dei crimini d'odio nella realtà sociale italiana, e più di recente di quelle dell'Osservatorio italiano sui diritti¹². Può essere utile sottolineare che quest'ultimo Osservatorio (Vox) ha operato una mappatura dell'intolleranza sulla base dello studio dei messaggi d'odio in rete. In particolare, dalla terza mappatura dell'odio in rete emerge che negli anni 2017-2018 è diminuito l'odio omofobico (scendono da 13.195 nel 2017 a 8.727 nel 2018 i *tweet* negativi), forse per effetto della legge sulle unioni civili, mentre è in crescita esponenziale l'odio xenofobico, che si manifesta in una elevata intolleranza verso il fenomeno migratorio, alimentata specie dagli sbarchi dei profughi (25.197 *tweet* negativi nel 2018 contro 23.540 positivi), l'antisemitismo (6.566 *tweet* negativi nel 2018 contro 2.847 positivi), e l'islamofobia (26.783 *tweet* negativi nel 2018, che dipingono gli islamici come terroristi e *jihadisti* o *vu cumprà*, contro 16.042 positivi), tutti dati in aumento rispetto alle rilevazioni del 2017. Resta molto alto anche l'odio verso le donne, un odio che si scatena persino quando la cronaca registra casi di femmineicidio (100.899 *tweet* negativi nel 2018 contro 42.537 positivi). Anche l'odio verso disabili è diffuso in rete: 11.257 *tweet* negativi nel 2018 contro 5.414 positivi.

La terza mappatura è stata aggiornata ad opera della quarta mappatura dell'odio in rete, riferita al 2019, dalla quale emergono dati simili: è in diminuzione l'odio omofobico, che si riaccende quando si dibatte di famiglie arcobaleno (7.808 *tweet* negativi contro 3.933 positivi). L'islamofobia si conferma in prima posizione nella classifica dell'odio *online*. I *tweet* negativi sono 22.532 contro 6.823 positivi. Le città più colpite sono Bologna, Torino, Milano, Venezia. Aizzata da eventi internazionali, come gli attentati, e istigata da certa narrativa politica, l'intolleranza contro le persone di fede islamica scema nelle comunità dove la loro presenza è più integrata. I migranti sono al primo posto tra le categorie di persone più colpite dall'*hate speech*,

⁸ Sui profili criminologici, si veda *Id.*, *Crimini d'odio*, cit., pp. 150 ss.

⁹ Richiamando le parole presenti nella mozione, approvata al Senato in data 30 ottobre 2019, per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza.

¹⁰ Cfr. sul punto già L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 418 ss., in part. p. 421.

¹¹ In particolare, l'Oscad, Osservatorio per la sicurezza contro gli atti discriminatori, istituito presso la Polizia di Stato del Ministero dell'Interno, in collaborazione con l'Unar, l'Ufficio nazionale antidiscriminazioni razziali, raccoglie i dati sui soggetti che abbiano subito un reato in relazione alla razza/etnia, credo religioso, orientamento sessuale/identità di genere e disabilità. Stando ai dati forniti dall'Oscad, si registrano in Italia fra il 10 settembre 2010 e il 31 dicembre 2017, 2.030 segnalazioni (un numero evidentemente non irrisorio), di cui solo 1.036 costituenti reato, per le quali vi sono stati 304 arresti e 840 denunce. In particolare, per il 60% sono reati d'odio etnico/razziale, per il 18,1% si tratta di reati d'odio religioso, per il 13,5% di reati d'odio omofobico, per il 7,2% di reati contro disabili, per l'1,2% di reati d'odio di genere. Cfr. www.interno.gov.it. Per l'Italia, secondo le diverse rilevazioni dell'Osce, si registrano, nel 2016, 736 crimini d'odio, 494 crimini d'odio razziale, 204 crimini contro disabili, 38 crimini d'odio omofobico o di genere. Il dato aggiornato al 2017 testimonia di un incremento dei crimini d'odio: si tratta di 1.048 reati d'odio, prevalentemente di odio razziale e xenofobo, contro disabili e omofobico. Cfr. hatecrime.osce.org/italy.

¹² Si veda il sito www.voxdiritti.it.

in netta crescita rispetto all'anno precedente. E, tra le città più intolleranti, spicca Milano. Si registrano, anche a seguito delle esternazioni di uomini politici, 49.695 *tweet* negativi contro 24.756 *tweet* positivi. Quanto all'antisemitismo, si segnala che l'odio contro gli ebrei dilaga e si fa più cattivo. Si concentra a Roma e dintorni. Quasi inesistente negli anni precedenti, l'antisemitismo esplose su *Twitter*. Colpisce soprattutto il centro Italia e prende di mira gli ebrei usando stereotipi e *fake news*. Rispetto all'islamofobia, per scatenarsi l'antisemitismo non ha bisogno dello spunto offerto da eventi internazionali. I *tweet* negativi sono 15.196 contro 4.756 *tweet* positivi. Quanto ai disabili, Vox afferma che oggi essi sono nel mirino dell'odio. In netta crescita, rispetto al 2018, l'intolleranza contro le persone con disabilità: si impenna con il clamore mediatico attorno alle tematiche legate al mondo della disabilità. Colpisce la sua diffusione in tutta la penisola. I *tweet* negativi sono 16.676 contro 6.823 positivi. Stabile e sempre elevata la misoginia¹³.

Ancor più ricca e dettagliata è la raccolta di dati quantitativi operata nei Paesi anglosassoni, segnale, oltre che, è noto, di una ben più risalente tradizione di studi empirici rispetto alla nostra, di una maggior consapevolezza della grave realtà degli *hate crimes*, spesso accompagnata da previsioni penali, e, in definitiva, di una maturità culturale assente nel nostro Paese.

Emblematico un dato su tutti: stando alle recenti statistiche pubblicate dall'*Home Office* inglese, il dipartimento del Governo britannico deputato, tra l'altro, alla raccolta dei dati in materia di giustizia, i dati sui crimini d'odio relativi all'Inghilterra e al Galles e aggiornati agli anni 2017 e 2018, registrano 94.098 crimini d'odio¹⁴, in forte aumento rispetto alle rilevazioni degli anni 2011 e 2012 quando si contavano 43.748 crimini di tale natura¹⁵. In particolare, disaggregando il dato sulla base dei diversi fattori di discriminazione, emerge che su un totale di 94.098 *hate crimes*, il 76% (71.251 in valore assoluto) è rappresentato da crimini a sfondo razziale; immediatamente dopo, con una percentuale pari al 12% del totale (11.638 crimini), si posizionano i crimini ispirati da odio omofobico. Seguono i crimini d'odio religioso, pari al 9% (8.336 in valore assoluto), i crimini d'odio contro soggetti disabili (8%, 7.226 in valore assoluto) e infine i crimini d'odio ai danni di soggetti *transgender* (2%, 1.651 in valore assoluto).

Dati analoghi si segnalano per il contesto statunitense. La forte diffusione degli *hate crimes* è comprovata infatti dalle statistiche che provengono dal *Federal Bureau of Investigation* americano. Attingendo all'*Uniform Crime Report*, nel 2017, si registra, rispetto al passato¹⁶, come nell'ordinamento inglese, un aumento significativo dei crimini d'odio: su 8.126 *hate crimes*, il 59,5% sono crimini d'odio razziale, il 20,7% crimini d'odio religioso, il 16% crimini d'odio omofobico, l'1,6% crimini d'odio basati sull'identità di genere (*transgender* o altro), l'1,6%

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Home Office, *Hate Crime, England and Wales 2017-2018*, 2018, p. 1. L'*Home Office* raccoglie i dati collezionati dalla polizia sugli *hate crimes*, tenendo conto di cinque fattori in particolare: *race/ethnicity*; *religion/beliefs*; *sexual orientation*; *disability*; *transgender identity*. Per la maggioranza, si è trattato di crimini contro l'ordine pubblico (56%), seguono i crimini contro la persona (33%), i danneggiamenti e gli incendi (6%), ed altri reati (4%). La crescita esponenziale nel numero dei crimini d'odio viene spiegata dall'*Home Office* sia in ragione di una aumentata consapevolezza del problema da parte delle forze di polizia, ma anche e soprattutto in ragione di alcuni eventi ben identificati: il *referendum* sull'UE del giugno del 2016 e l'attacco terroristico al Westminster Bridge del marzo 2017, eventi che hanno aumentato soprattutto l'incidenza degli *hate crimes* razziali. Comparando poi gli *hate crimes* con gli altri crimini violenti, significativamente, una parte dei crimini d'odio tende a risolversi in *injury* rispetto al resto della criminalità violenta. Non solo. Circa un quarto (25%) della criminalità d'odio violenta registrata dalla polizia è violenza che sfocia in *injury* comparata con il 40% del complesso dei crimini violenti. I crimini d'odio razziale e religioso, poi, più frequentemente vengono trattati con un *charge/summons*, rispetto agli altri crimini non aggravati, in ragione della serietà e gravità di queste tipologie di reati. *Ivi*, p. 12, pp. 15 ss.

¹⁵ Home Office, *Hate Crimes, England and Wales 2011-2, 2012*.

¹⁶ Nel 2010, sono stati 6.628 i crimini d'odio perpetrati ai danni di vittime (7.699) appartenenti a gruppi sociali determinati: per il 48,4% si è trattato di crimini affetti da *racial bias*, ossia di crimini ispirati da odio razziale; a seguire, per il 19,3%, da crimini caratterizzati da *sexual orientation bias*, ossia crimini commessi in ragione dell'orientamento sessuale della vittima. Cfr. *Fbi, Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2010, 2012*, al sito www.fbi.gov.

crimini d'odio contro disabili, lo 0,7% crimini d'odio basati sul genere. Per il 60,3% si tratta di crimini contro la persona, per il 36,9% di crimini contro la proprietà¹⁷. Si considera, tuttavia, che i dati sugli *hate crimes* in America siano ampiamente sottostimati – basti pensare che si tratta di numeri assai inferiori a quelli inglesi nonostante la popolazione statunitense sia cinque volte quella britannica: la ragione di tale divario risiede nel fatto che la rilevazione in ordine agli *hate crimes* negli U.S.A. è su base volontaria. In altre parole, i dati dell'*FBI* sono il risultato di rapporti resi facoltativamente da parte delle agenzie del controllo sociale formale a livello locale, le quali tuttavia non sembrano propense in molti casi ad impegnarsi in tale compito di registrazione ufficiale. Non a caso gli studi vittimologici testimoniano di numeri assai più consistenti: secondo una stima del *Bureau of Justice Statistics*, basata su sondaggi condotti fra le vittime nel 2012, si contano, per quell'anno, circa 294.000 *hate crimes*, così come stime condotte attraverso il *National Crime Victimization Survey* testimoniano di numeri molto più elevati di crimini d'odio commessi annualmente¹⁸.

Quanto al resto del contesto europeo, i dati disponibili, relativi ad alcuni Paesi e raccolti dall'Osce, testimoniano, benché con numeri assai più contenuti, come gli *hate crimes* siano una realtà ineludibile e in continua crescita¹⁹: il dato francese relativo all'anno 2016, per esempio, si attesta su 1.835 crimini d'odio cui sono seguite 583 condanne, per la maggioranza crimini d'odio razziale e xenofobo e a seguire crimini d'odio omofobico e di genere²⁰. In Spagna, sempre secondo l'Osce, si registrano, nel 2016, 1.272 crimini d'odio, per la maggioranza crimini d'odio razziale e xenofobo, crimini contro disabili, crimini omofobici e di genere, crimini d'odio religioso, a seguire crimini d'odio antisemitico²¹. In Germania, le rilevazioni Osce mostrano, per il 2016, 3.598 crimini d'odio, per la maggioranza crimini d'odio razziale, d'odio religioso, d'odio omofobico e di genere, infine d'odio antisemita²². Gli ultimi dati Osce, aggiornati al 2017, testimoniano un incremento in alcuni Paesi europei: in Germania, si è giunti a 7.913 crimini d'odio; in Spagna a 1.419. Una lieve diminuzione si è verificata in altri: in Francia, si è scesi a 1.505 crimini d'odio.

Si può dire dunque che i crimini d'odio costituiscono un “fenomeno globale”²³ e in costante crescita.

¹⁷ Cfr. *Fbi, Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2017*, 2017, reperibile al sito <https://www.fbi.gov/>. In particolare, tra i crimini contro la persona si registrano i reati di *intimidation* (la percentuale maggiore di crimini), *simple assault* e *aggravated assault*, mentre fra i crimini contro la proprietà *vandalism, destruction, damage* (per frequenza subito successivi al reato di *intimidation*, a cui fanno seguito il *simple assault* e l'*aggravated assault*). Gli altri crimini contro la proprietà, benché più rari, sono i seguenti: *robbery, burglary, larceny-theft, motor vehicle theft, arson*, e altri crimini. Alcuni crimini sono crimini contro la società. Per la maggioranza (78,3%) si tratta di crimini agiti contro singoli individui e assai più di rado contro istituzioni o luoghi religiosi. *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. *Bjs, U.S. Residents Experienced About 293.800 Hate Crime Victimization in 2012-Unchanged From 2004*, 2014, al sito www.bjs.gov. I dati del *National Crime Victimization Survey*, sempre forniti dal *Bureau of Justice Statistics*, testimoniano numeri intorno a 250.000 *hate crimes* annui, per il periodo 2004-2015. Cfr. M. Masucci, L. Langton, *Hate Crime Victimization, 2004-2015*, BJS, U.S. Department of Justice, 2017, al sito www.bjs.gov.

¹⁹ Testimonianza di ciò si ritrova anche nel Rapporto della *Commission on Security and Cooperation in Europe*, intitolato *Hate Crimes*, presentato presso il Congresso degli Stati Uniti, e datato 6 Novembre 2007. Cfr. p. 3, ove si testimonia circa l'incremento dei crimini d'odio, specie razziale, anche in ragione dell'affermarsi di gruppi politici di estrema destra: «[...] *racial discrimination and xenophobia, all forms of racism are rising [...]. The rise of racist violence. The rise of racist violence, killings, we have witnessed many in different parts [...]. Racial and xenophobic platforms are electorally voted for to be elected to parliament or government. [...] Racial discrimination and hate crimes are one of the most serious threats to democracy now*» («[...] la discriminazione razziale e la xenofobia, tutte le forme di razzismo sono in crescita [...]. L'aumento della violenza razzista. Dell'aumento della violenza razzista, degli omicidi a sfondo razziale siamo testimoni in molti in differenti zone. Piattaforme razziste e xenofobe sono votate a livello elettorale al fine della rielezione al parlamento o al governo. [...] La discriminazione razziale e i crimini d'odio costituiscono una delle più gravi minacce alla democrazia oggi»).

²⁰ Si vedano i dati forniti dall'Osce, al sito hatecrime.osce.org/france.

²¹ Al sito hatecrime.osce.org/spain. Per la Spagna, si veda anche il Rapporto 2015 sui crimini d'odio intitolato *Informe sobre incidentes con los delitos de odio en España* e stilato dal Ministero dell'Interno spagnolo, al sito www.interior.gob.es, ove si registrano 1.385 crimini d'odio, per lo più d'odio razziale, a seguire d'odio ideologico e omofobico.

²² Cfr. hatecrime.osce.org/germany.

²³ P. Iganski, J. Levin, *Hate Crime. A Global Perspective*, Routledge, 2015, p. XIII della Prefazione. *Ivi*, una analisi della c.d. *hate violence*, razziale, religiosa, omofobica, di genere e per disabilità, diffusa nel mondo.

3. La mozione per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza.

È proprio dalla presa d'atto della recente diffusione dei crimini d'odio e della "crescente spirale" dell'odio, testimoniata dai dati empirici più sopra ricostruiti, che in data 30 ottobre 2019, il Senato ha approvato una mozione, quale prima firmataria Liliana Segre, per l'istituzione di una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza (Atto n. 1-00136)²⁴.

Si legge infatti nella mozione,

«negli ultimi anni si sta assistendo ad una crescente spirale dei fenomeni di odio, intolleranza, razzismo, antisemitismo e neofascismo, che pervadono la scena pubblica, sia con atti e manifestazioni di esplicito odio e persecuzione contro singoli e intere comunità, sia con una capillare diffusione attraverso vari mezzi di comunicazione e in particolare sul *web*. Parole, atti, gesti e comportamenti offensivi e di disprezzo di persone o di gruppi assumono la forma di un incitamento all'odio, in particolare verso le minoranze; essi, anche se non sempre sono perseguibili sul piano penale, comunque costituiscono un pericolo per la democrazia e la convivenza civile».

Sulla base di tale considerazione, la mozione volge poi l'attenzione a quella particolare categoria di crimine d'odio rappresentata dall'*hate speech*, la cui definizione, per quanto incerta, risulta acquisita grazie ai documenti internazionali in materia e grazie alla elaborazione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In particolare, nel testo della mozione si legge che «è un fatto che non esiste ancora una definizione normativa di *hate speech*; tuttavia in base alla raccomandazione n. (97) 20 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa del 30 ottobre 1997, il termine copre tutte le forme di incitamento o giustificazione dell'odio razziale, xenofobia, antisemitismo, antislamismo, antigitanismo, discriminazione verso minoranze e immigrati sorrette da etnocentrismo o nazionalismo aggressivo. Per meglio definire il fenomeno si ricorre alle categorie dell'incitamento, dell'istigazione o dell'apologia. Il termine incitamento può comprendere vari tipi di condotte: quelle dirette a commettere atti di violenza, ma anche l'elogio di atti del passato come la "*Shoah*"; ma incitamento è anche sostenere azioni come l'espulsione di un determinato gruppo di persone dal Paese o la distribuzione di materiale offensivo contro determinati gruppi». Non solo. Si sottolinea, come abbiamo già evidenziato, la natura globale del fenomeno: «il fenomeno denunciato è purtroppo in crescita in tutte le società più avanzate. La comunità internazionale da anni sta cercando delle strategie di contenimento e di contrasto».

Richiamata a questo punto brevemente la normativa internazionale e nazionale, in particolare, la disciplina contenuta nella c.d. legge Reale-Mancino – oggi come si è detto trasfusa nel codice penale, nell'ambito dei delitti contro l'uguaglianza – nonché l'inquadramento fornito dalla Corte EDU, il Senato delibera di istituire una Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza. Costituita da 25 componenti in ragione della consistenza dei gruppi parlamentari, la Commissione elegge tra i suoi membri l'Ufficio di Presidenza composto dal Presidente, da due vice presidenti e da due segretari. Tra le funzioni della Commissione straordinaria, vengono opportunamente individuati compiti di osservazione, studio e iniziativa per l'indirizzo e controllo sui fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi

²⁴ Il testo dell'atto, allegato alla presente Riflessione, è altresì disponibile a questo [link](#).

sociali sulla base di alcune caratteristiche quali l'etnia, la religione, la provenienza, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche: ciò, a nostro avviso, in linea con le più recenti acquisizioni scientifiche in materia di crimini d'odio che testimoniano, come anticipato, la natura pluriforme dei crimini d'odio i quali assumono più spesso la forma di crimini d'odio razziale, religioso e soprattutto antisemitico e antislimico, ma anche, sempre più frequentemente, la forma di crimini d'odio omotransfobico e di genere, nonché contro disabili²⁵.

Ampie sono le prerogative di cui gode la Commissione: essa infatti può controllare e indirizzare la concreta attuazione delle convenzioni e degli accordi sovranazionali e internazionali e della legislazione nazionale relativi ai fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e di istigazione all'odio e alla violenza, nelle loro diverse manifestazioni di tipo razziale, etnico-nazionale, religioso, politico e sessuale. Inoltre, la Commissione può e deve svolgere anche una funzione propositiva, di stimolo e di impulso, nell'elaborazione e nell'attuazione delle proposte legislative, promuovendo anche ogni altra iniziativa utile a livello nazionale, sovranazionale e internazionale.

Nell'ambito di questi compiti, assai significativo ci pare quello di raccolta, riordino e pubblicazione, annualmente, sia delle normative statali, sovranazionali e internazionali, sia delle ricerche e pubblicazioni scientifiche, anche periodiche in materia, sia anche dei dati statistici, nonché di informazioni, dati e documenti sui risultati delle attività svolte da istituzioni, organismi o associazioni che si occupano di questioni attinenti ai fenomeni di intolleranza, razzismo e antisemitismo, sia nella forma dei crimini d'odio, sia dei fenomeni di c.d. *hate speech*. Infine, la Commissione ha anche il compito di effettuare, pure in collegamento con analoghe iniziative in ambito sovranazionale e internazionale, ricerche, studi e osservazioni concernenti tutte le manifestazioni di odio nei confronti di singoli o comunità. A tal fine, è consentito alla Commissione prendere contatti con istituzioni straniere, organismi sovranazionali e internazionali, formulare osservazioni e proposte sugli effetti, sui limiti e sull'eventuale necessità di adeguamento della legislazione vigente al fine di assicurarne la rispondenza alla normativa dell'Unione europea e ai diritti previsti dalle convenzioni internazionali in materia di prevenzione e di lotta contro ogni forma di odio, intolleranza, razzismo e antisemitismo. La Commissione, entro il 30 giugno di ogni anno, dovrà trasmettere al Governo e alle Camere una relazione sull'attività svolta, recante in allegato i risultati delle indagini svolte, le conclusioni raggiunte e le proposte formulate²⁶.

Ebbene, si tratta di compiti di importanza centrale in una materia complessa ed emergenziale, come dimostrano i dati statistici, quale quella dei crimini d'odio: da un lato, per la carenza, nel nostro Paese, come si osservava pocanzi, di una raccolta sistematica di dati statistici (benché dati attendibili non manchino) al pari di quanto avviene negli ordinamenti stranieri, specie anglosassoni, ma anche per la necessità di suggerire le linee di una potenziale riforma della legislazione italiana, alla luce della normativa straniera e degli impulsi internazionali e provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, i quali depongono nel senso di una tutela penale per il contrasto degli *hate crimes* e per una tematizzazione ad ampio spettro dei crimini d'odio, in tutte le forme: crimini d'odio razziale/etnico/nazionale, religioso, antisemitico, xenofobico, di genere e omotransfobico e ogni forma di crimine d'odio frutto di intolleranza. Si rende necessario, a questo punto, ricostruire brevemente la nozione di *hate speech*, al centro di

²⁵ Sul punto sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., pp. 453 ss., pp. 485 ss., pp. 539 ss.

²⁶ La Commissione può segnalare agli organi di stampa ed ai gestori dei siti *internet* casi di fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza nei confronti di persone o gruppi sociali sulla base di alcune caratteristiche, quali l'etnia, la religione, la provenienza, l'orientamento sessuale, l'identità di genere o di altre particolari condizioni fisiche o psichiche, richiedendo la rimozione dal *web* dei relativi contenuti ovvero la loro deindicizzazione dai motori di ricerca.

attenzione della recente mozione approvata al Senato, pur con l'astensione da parte delle destre parlamentari.

4. L'*hate speech* nei documenti internazionali e nella giurisprudenza della Corte EDU.

L'*hate speech*, in rapporto di specie a genere con gli *hate crimes*, benché abbia un inquadramento giuridico incerto, così come riconosce anche la mozione parlamentare, può essere definito, secondo le indicazioni del Consiglio d'Europa, come «qualsiasi forma di espressione che diffonde, incita, promuove o giustifica odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza»²⁷.

La dottrina, nei più recenti contributi in materia, si interroga segnatamente sull'opportunità dell'utilizzo dello strumento penale nel contrasto di tali fenomeni, ritenuti capaci, secondo la ricerca criminologica unanime, di creare un clima favorevole alla *hate violence*²⁸. Il ricorso al diritto penale per la tutela delle vittime dei discorsi d'odio viene affermato univocamente a livello europeo.

In un documento emesso dall'*European Union Agency for Fundamental Rights*²⁹ viene affrontato esplicitamente il tema dell'utilizzo del diritto penale per combattere l'*hate speech*, ossia l'incitamento all'odio e alla discriminazione, quale crimine prodromico rispetto agli *hate crimes*. Pronunciandosi sui discorsi d'odio omofobico – ma il ragionamento risulta valido per ogni forma di *hate speech*, sia esso razziale, xenofobo, religioso o di genere – il documento chiarisce come vi sia consenso unanime in seno al Consiglio d'Europa sulla necessità di garantire la promozione di una cultura della tolleranza e del rispetto e di porre in essere tutti gli sforzi per combattere l'*hate speech*, da intendersi secondo la definizione già ricordata offerta dalla Raccomandazione No. (97) 20 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Si evidenzia come l'*hate speech* non trovi alcuna tutela nell'art. 10 della CEDU, che sancisce sì il diritto alla libertà d'espressione, ma un diritto che comporta, come sottolineano i

²⁷ Così nella Raccomandazione No. (97) 20 del Consiglio d'Europa. Cfr. A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 3. Come sottolinea l'A., non esiste una definizione univoca di *hate speech*, essendo accolte differenti concezioni nei diversi Paesi membri del Consiglio d'Europa. Si esprime in tal senso, sottolineando che vietare espressioni d'odio significa vietare espressioni di intolleranza estrema e di estrema avversione, anche R.C. Post, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in D. Tega, (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, UNAR, 2011, p. 97. A questa categoria giuridica viene spesso avvicinato anche il negazionismo, ossia discorsi o affermazioni che negano o minimizzano la portata dei crimini internazionali, laddove tali condotte siano capaci di generare odio e violenza. Sul punto si rinvia a M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, IX, 2014, pp. 341 ss., nonché a A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2016, 3, pp. 280 ss.; E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2013, pp. 1 ss.; D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, 4, pp. 325 ss. nonché A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in G. Cocco, (a cura di), *Per un manifesto del neilluminismo penale*, Cedam, 2016, pp. 193 ss. Significativo è l'indirizzo espresso nella sopra citata Raccomandazione circa la necessità che anche la stampa, i *mass media* e gli uomini politici si astengano dal pronunciare dichiarazioni che possano essere intese come discorsi d'odio, correndo al contrario l'obbligo in capo a loro di condannare tali espressioni. I giudici penali dovranno invece rispettare il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla condotta. Si tenga conto altresì del fatto che gli *hate speeches* possono configurarsi anche come crimini contro l'umanità laddove consistano in atti di incitamento alla commissione di atti di genocidio e di violenza contro civili, come sancito dallo stesso Tribunale penale internazionale per i crimini commessi in Ruanda, che condannò dei giornalisti i quali attraverso la radio e la carta stampata incitavano all'odio e al genocidio nei confronti dei *Tutsi*. Sul punto, M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo*, cit., p. 344.

²⁸ La ricerca criminologica sottolinea la pericolosità e la dannosità anche di tali particolari fenomenologie delittuose, evidenziando altresì come si tratti di reati che creano il terreno culturale che incoraggia e legittima crimini d'odio violenti. Sul punto, per tutti, P. B. Gerstenfeld, *Hate Crimes. Causes, Controls, and Controversies*, Sage, 2018, p. 35.

²⁹ Si veda Fra, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010, p. 36 ss.

giudici di Strasburgo, in un noto caso giudiziario, *Vejdeland et al. v. Svezia*, del 2012, “doveri e responsabilità” (ciò anche nel settore della stampa, dell’informazione mediatica e della rete)³⁰.

A conclusioni analoghe giunge altresì il più corposo lavoro condotto in tema di *hate speech* in sede europea³¹. Non è un caso, infatti, che l’opera, commissionata dal Consiglio d’Europa, si apra nuovamente con tali parole della Corte di Strasburgo:

«[...] la tolleranza e il rispetto per l’eguale dignità di tutti gli esseri umani costituisce il fondamento di una società democratica e pluralista. Così essendo, in via di principio può essere considerato necessario in certe società democratiche punire e perfino prevenire tutte le forme di espressione che diffondano, incitino, promuovano o giustifichino odio basato sull’intolleranza (compresa quella religiosa), a condizione che [...] le pene inflitte siano proporzionate al legittimo fine perseguito»³².

Il manuale sui discorsi d’odio accoglie innanzitutto il concetto di *hate speech* già più volte ricordato e fatto proprio dalla Raccomandazione No. (97) 20 del Consiglio d’Europa: «*all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*»³³. Con tale definizione il Consiglio d’Europa sottolinea che il discorso d’odio deve essere necessariamente diretto verso una persona o un particolare gruppo di persone. Molto prezioso è il richiamo, operato nel manuale, alle norme rilevanti in materia di *hate speech*: accanto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e in particolare all’art. 10 CEDU, vanno annoverate altre fonti, tra cui la Carta Sociale europea, il Protocollo addizionale alla Convenzione sul *cybercrime*, l’art. 19 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e l’art. 20 della Convenzione internazionale sui Diritti Civili e Politici, la Convenzione americana sui Diritti Umani che all’art. 13, par. 5 esplicitamente proibisce la propaganda d’odio, la Convenzione internazionale sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale (art. 4). Si aggiungano, tra le altre, le diverse Raccomandazioni provenienti dal Consiglio d’Europa, tra cui la Raccomandazione No. (97) 20 del 1997 già citata, la Raccomandazione (97) 21 del 1997 sui *Media* e la promozione di una cultura della tolleranza, nonché la Dichiarazione del Comitato dei Ministri sulla libertà del dibattito politico nei *media*. Infine numerose sono le Raccomandazioni emanate in sede ONU³⁴.

Inoltre la stessa Decisione Quadro 2008/913/GAI dell’Unione europea chiarisce che, nella lotta contro talune forme di razzismo e xenofobia, è opportuno il ricorso al diritto penale. Secondo questa Decisione, gli Stati membri devono garantire che siano punibili i discorsi di incitamento all’odio, intenzionali e diretti contro un gruppo di persone o un membro di essi, in riferimento alla razza, al colore, alla religione o all’etnia. Deve risultare, altresì, punibile l’istigazione pubblica alla violenza o all’odio, quale che sia la forma di diffusione: scritti, immagini o altro materiale. Lo stesso dicasi per l’apologia o la negazione dei crimini di genocidio, dei crimini contro l’umanità e di quelli di guerra e, infine, quanto ai comportamenti atti a turbare l’ordine pubblico o minacciosi, offensivi e ingiuriosi. La stessa Organizzazione per la sicurezza

³⁰ *Vejdeland et alii v. Svezia*, 9 febbraio 2012, No. 1813/07, ove si conclude, significativamente, anche alla luce delle legislazioni che hanno imboccato tale strada, nel senso che “definire l’incitamento all’odio, alla violenza o alla discriminazione contro le persone LGBT come un reato può coesistere con il rispetto della libertà d’espressione”. *Ibidem*, p. 37 e s.

³¹ A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009, p. 1 ss.

³² Nel caso della Corte EDU del 2003, *Gündüz v. Turkey*, No. 35071/97, par. 40, nonché nel caso della Corte EDU del 2006, *Erbakan v. Turkey*, No. 59405/00, par. 56.

³³ «Tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di odio basate sull’intolleranza, includendo: l’intolleranza espressione di nazionalismo aggressivo e di etnocentrismo, discriminazione e ostilità verso le minoranze, i migranti e persone di origine immigrata».

³⁴ Sulla normativa internazionale, vedi anche M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo*, cit., pp. 342 ss.

e la cooperazione europea (OSCE) si è impegnata, come abbiamo evidenziato in apertura, a riconoscere e sanzionare i crimini d'odio.

Significativamente la mozione approvata in Senato prende atto di tale normativa internazionale che segnala inequivocabilmente l'esigenza di una tutela penale finalizzata al contrasto dei discorsi d'odio.

Non solo. La necessità di una siffatta tutela penale è apertamente riconosciuta dalla stessa Corte europea dei diritti umani, come del resto la medesima mozione evidenzia³⁵.

La Corte europea dei diritti umani si è trovata spesso a giudicare in materia di crimini d'odio e, segnatamente, in materia di *hate speech*, nonché di negazionismo.

Ripercorriamo, benché sinteticamente, la giurisprudenza della Corte in ordine ai discorsi d'odio in ragione della delicatezza e della centralità dei problemi posti in tali casi giudiziari e dell'importanza di questo *corpus* giurisprudenziale nell'interpretazione del quadro legislativo italiano, posto che esso costituisce parametro di costituzionalità per la Corte Costituzionale italiana in base all'interpretazione data al primo comma dell'art. 117³⁶.

Tradizionalmente, la Corte di Strasburgo applica, laddove giudica casi di *hate speech*, due norme della CEDU: l'art. 10 e l'art. 17. La prima disposizione disciplina la libertà d'espressione ed i limiti all'esercizio del diritto, contemplati nel paragrafo 2 del medesimo articolo; la seconda contempla il divieto dell'abuso del diritto³⁷.

L'art. 10 CEDU, è noto, tutela il diritto alla libertà d'espressione quale libertà d'opinione e libertà di ricevere e di comunicare informazioni. Si tratta, tuttavia, di un "diritto condizionato": sono cioè ammesse delle interferenze rispetto a tale fondamentale diritto qualora risultino "conformi alla legge" e "necessarie in una società democratica", al fine di tutelare i contro-interessi espressamente indicati nella norma (sicurezza nazionale, integrità territoriale, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute o della morale, protezione della reputazione o dei diritti altrui, impedimento alla divulgazione di informazioni confidenziali, autorità e imparzialità del potere giudiziario). Storicamente, come è stato di recente ricordato, la giurisprudenza della Corte in tale materia attiene eminentemente alla «tutela dei diritti dell'uomo dal diritto penale», in relazione al divieto di incriminare e punire condotte che rappresentano esercizio della libertà d'espressione³⁸.

³⁵ Con riferimento a tale problematica, nella dottrina costituzionalistica si dibatte oggi sulla compatibilità delle norme penali che incriminano le manifestazioni d'odio rispetto alla libertà d'espressione e si tende a porre in dubbio che tali norme siano conciliabili con l'esercizio di tale libertà. Si è espresso sul tema A. Pugiotto, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà d'espressione nel diritto costituzionale*, cit., p. 1 ss. Nella letteratura italiana, v. altresì A. Ambrosi, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in S. Riondato, (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, 2006, p. 35 ss. Nella letteratura americana, tra gli altri, discute i profili di costituzionalità, specie in relazione al *free speech*, P.B. Gerstenfeld, *Hate Crimes. Causes*, cit., pp. 47 ss. La dottrina penalistica, nel contempo, osserva come tali norme penali si pongano in tensione con alcuni principi penalistici. L'incriminazione delle manifestazioni d'odio può comportare il rischio della creazione di nuovi reati di opinione. Inoltre un potenziale conflitto si ha rispetto ai seguenti principi: il principio di determinatezza della fattispecie penale, il principio di proporzione tra reato e sanzione, il principio di offensività. Tuttavia, si tratta di profili di criticità superabili e superati da una interpretazione costituzionalmente orientata di tali fattispecie. Sul punto sia consentito il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., p. 202 ss., 290 ss., pp. 549 ss.

³⁶ Più in generale sul diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte e sul ruolo della giurisprudenza europea nel nostro ordinamento, B. Micolano, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.

³⁷ Cfr. M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo*, cit., p. 341 ss. Sia consentito il rinvio altresì a L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., pp. 418 ss.

³⁸ Salvo che ciò sia ritenuto *necessario e proporzionato* rispetto ai contro-interessi più sopra menzionati ed elencati nel par. 2 dell'art. 10 (corsivo aggiunto).

Quando si confronta con tale norma, la Corte deve verificare nell'ordine: se una interferenza con la libertà d'espressione vi è stata, se l'interferenza è prescritta dalla legge e persegue un fine legittimo, e, infine, se tale interferenza appare essere necessaria in una società democratica, il che implica che tale interferenza sia proporzionata al fine perseguito³⁹.

Ebbene, la Corte europea ha adottato questo schema interpretativo in numerose decisioni in materia di *hate speech*, nonché di negazionismo.

Innanzitutto, la Corte ha affermato un principio che vale sul terreno dell'*hate speech*, secondo il quale la libertà d'espressione si estende anche alle idee che scioccano, urtano ed inquietano, poiché ciò è imposto dalla tolleranza propria delle società democratiche⁴⁰. Ciononostante, la Corte sottolinea come la libertà d'espressione comporti anche dei "doveri e delle responsabilità".

Un principio quest'ultimo sancito esplicitamente, tra l'altro, in due casi di *hate speech* razziale ed omofobico: in *Féret v. Belgium* e in *Vejdeland et alii v. Svezia*⁴¹.

Nel primo caso, relativo alla manifestazione di opinioni razziste durante una campagna elettorale, la Corte afferma che «attacchi verso le persone commessi insultando, ridicolizzando, diffamando determinati gruppi della popolazione possono essere sufficienti affinché le autorità combattano i discorsi razzisti anche contro la libertà d'espressione esercitata in maniera irresponsabile»⁴².

Analogamente, nel caso *Vejdeland*, i giudici chiariscono che non è necessario dimostrare che vi è stato un attuale richiamo alla violenza e al crimine, ma è sufficiente, perché possa dirsi integrato un incitamento all'odio, l'insultare, il ridicolizzare, l'ingiuriare. Ciò rappresenta, secondo la Corte, un esercizio irresponsabile del diritto alla libertà d'espressione. La tolleranza è uno dei capisaldi della democrazia e la tutela della democrazia non può consentire un esercizio abusivo della libertà d'espressione. In altre parole, i giudici riconoscono, con analisi lucida e condivisibile, che una limitazione del diritto alla libertà d'espressione sia giustificata ed anzi doverosa laddove di tale diritto si abusi, attraverso discorsi d'odio nei confronti di gruppi sociali individuati⁴³.

³⁹ Cfr. A. Weber, *Manual*, cit., p. 19.

⁴⁰ Cfr. tra le altre *Handyside v. Regno Unito*, 7 dicembre 1976, No. 5493/72, par. 49.

⁴¹ Tra le molte, *Féret v. Belgium*, 16 luglio 2009, No. 1561/07 e *Vejdeland et alii v. Svezia*, 9 febbraio 2012, No. 1813/07. Nel primo caso il ricorrente era il Presidente del partito politico belga *Front National*, il quale, durante la campagna elettorale, oltre a comizi dai toni violenti, aveva distribuito volantini incentrati sull'opposizione all'islamizzazione del Belgio e sul rimpatrio forzato degli immigrati. I giudici interni lo condannavano ad una pena detentiva di dieci mesi e a svolgere attività di volontariato in un centro per l'integrazione dei migranti e all'interdizione dall'elettorato passivo per sei anni. La Corte europea dei diritti umani, adita in ragione della violazione dell'art. 10 CEDU, nega che tale violazione sia occorsa nel caso di specie. Quanto al secondo caso giudiziario, oggetto del vaglio della Corte EDU è una condanna emessa sulla base della legge penale svedese che, incriminando il reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, interferisce con l'esercizio della libertà d'espressione di cui all'art. 10 CEDU. Questi i fatti di causa. Nel dicembre 2004 i ricorrenti, di cittadinanza svedese, si recano presso una scuola secondaria superiore e distribuiscono un centinaio di volantini depositandoli negli armadietti degli studenti della scuola. I volantini sono opera di una organizzazione denominata *National Youth* e contengono, tra l'altro, propaganda omofoba. A seguito di tale gesto, i quattro ricorrenti vengono accusati del reato di incitamento all'odio contro un gruppo nazionale o etnico, secondo quanto previsto dal codice penale svedese al Capitolo 16, Art. 8. La Corte distrettuale svedese, in primo grado, riconosceva chiaramente che il tenore dei volantini era espressione di disprezzo nei confronti degli omosessuali e che, a dispetto di quanto sostenuto dalla difesa, le affermazioni contenute nei volantini travalicavano, e di molto, quella che poteva essere considerata «una obiettiva discussione sugli omosessuali come gruppo». In ragione di ciò la Corte riteneva la sussistenza del reato e condannava alla pena della reclusione (2 mesi) i primi due ricorrenti, ad una pena pecuniaria sospesa e al *probation* rispettivamente il terzo e il quarto ricorrente. Ribaltata in appello, la decisione veniva confermata dinanzi alla Corte Suprema statale. I ricorrenti adivano la Corte EDU per violazione dell'art. 10. Cfr. L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., pp. 420 ss.

⁴² *Féret v. Belgium*, cit., par. 73.

⁴³ Quale nel caso di specie la minoranza omosessuale. Cfr. *Vejdeland et alii v. Svezia*, cit., par. 55.

La Corte sceglie altresì, in tale caso giudiziario, di dare una risposta positiva allo spinoso problema dell'utilizzo della sanzione penale nella lotta contro i crimini d'odio. Si tratta, per i giudici di Strasburgo, di operare un bilanciamento equilibrato degli interessi in gioco: l'art. 10 trova un limite infatti nel principio di non discriminazione di cui all'art. 14 CEDU.

La Corte, tuttavia, cerca di distinguere, in base al contenuto delle espressioni, i discorsi d'odio dalle critiche, anche veementi, verso persone o fatti, come nella sentenza *Günduz v. Turchia*, ove il ricorrente, appartenente ad un gruppo estremista islamico, in una trasmissione televisiva aveva criticato con forza i principi di laicità e democrazia, inneggiando alla *sharia*⁴⁴: la Corte stabilì che difendere la *sharia* senza invocare la violenza per attuarla non costituisce *hate speech*.

Un elemento ulteriore di cui si tiene conto, per l'organo giudiziario europeo, è anche l'intenzione dell'autore delle espressioni nel momento in cui le pronuncia: se intendesse cioè propagandare idee razziste e violente o se volesse solo informare il pubblico. Tuttavia, la ricostruzione dell'intenzione dell'autore dei discorsi non è decisiva, come emerge nel caso *Leroy v. Francia*, ove si sottolinea che certi messaggi possono avere effetti discriminatori e violenti che vanno oltre le intenzioni di chi li proferisce⁴⁵.

Soprattutto, il mezzo utilizzato per la divulgazione ha importanza decisiva per la Corte: laddove infatti vengano pronunciati discorsi attraverso la stampa e i *media* l'impatto del discorso sarà più marcato e dunque più stringente lo scrutinio del giudice europeo. Tuttavia, nella sentenza ora citata, il discorso razzista era contenuto in un giornale a tiratura limitata e ciononostante la Corte lo ha ritenuto capace di produrre atti violenti. Diversamente, la Corte sembra riservare maggiore spazio alle idee violente nell'ambito di espressioni artistiche, nonché sul terreno della satira, anche se nemmeno in tali ambiti sia consentita una tutela assoluta della libertà d'espressione⁴⁶.

Importante è poi il contesto nonché il destinatario dei discorsi d'odio⁴⁷.

Lo stesso ruolo dell'autore dei discorsi ha un suo peso: politici, giornalisti, insegnanti hanno per la Corte europea sì ampia libertà, ma anche precisi doveri e responsabilità⁴⁸.

La proporzionalità della sanzione ha inoltre un rilievo importante per la Corte nel valutare la legittimità di eventuali limitazioni della libertà di espressione.

Significativo, sul terreno dei discorsi d'odio, il ricorso al diverso art. 17, relativo all'abuso del diritto. L'art. 17 CEDU ha la finalità di evitare che i principi sanciti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo siano aggirati con azioni finalizzate a distruggere quegli stessi principi, come accaduto in tema di discorsi d'odio razziale⁴⁹. Tale articolo è stato utilizzato per esempio per combattere le dottrine totalitarie contrarie alla Convenzione, per condannare il negazionismo⁵⁰, nonché il discorso d'odio razziale.

⁴⁴ *Günduz v. Turchia*, 4 dicembre 2003, No. 35071/97, par. 51.

⁴⁵ *Leroy v. Francia*, 2 ottobre 2008, No. 36109/03, parr. 42 ss. Su tale decisione e sul punto, si veda M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo*, cit., p. 348.

⁴⁶ Cfr. *Id.*, cit., p. 349.

⁴⁷ Sul punto L. Goisis, *Libertà d'espressione*, cit., p. 422.

⁴⁸ Rispettivamente: *Féret v. Belgium*, cit., parr. 75 ss.; *Sürek v. Turchia*, 8 luglio 1999, No. 23927/94 e 24277/94, par. 63; *Seurot v. Francia*, 18 maggio 2004, No. 57383/00.

⁴⁹ Cfr. sul punto A. Weber, *Manual*, cit., pp. 22-23.

⁵⁰ Sul tema, con attenzione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si rimanda a V. Cuccia, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 4, pp. 857 ss.

La giurisprudenza in materia è molto vasta e talvolta l'art. 17 è applicato unitamente all'art. 10, talaltra l'art. 17 funge da causa di irricevibilità del ricorso specie di fronte a fatti di spiccata gravità, precludendo l'analisi nel merito.

Ci limitiamo a ricordare due recenti sentenze, per l'importanza delle statuizioni: la sentenza *Perinçek*, un caso di negazionismo del genocidio Armeno, giudicato non concretamente pericoloso⁵¹ e, con esiti opposti, il caso *Dieudonné*, ove uno spettacolo pubblico, apparentemente artistico, ha rappresentato una presa di posizione d'odio antisemita, capace di integrare l'abuso del diritto (di manifestazione del pensiero) di cui all'art. 17 CEDU⁵².

In entrambi i casi risulta significativa la ricostruzione del negazionismo alla luce del criterio del pericolo concreto e della contestualizzazione: il criterio, conforme al principio di offensività, che consente di ricostruire l'*hate speech* in maniera costituzionalmente orientata e dunque legittima.

In definitiva, benché la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sia una giurisprudenza "del caso concreto", essa può costituire un importante ausilio interpretativo nel dibattito sul discorso d'odio penalmente rilevante: posto l'ampio ventaglio di casi analizzati dalla Corte, il legislatore nazionale può rintracciare spunti risolutivi sulla base dei principi sanciti dai giudici di Strasburgo. I principi essenziali che emergono dalla giurisprudenza sono due: la prevalenza del principio di non discriminazione sulla libertà d'espressione e la necessità del ricorso allo schema interpretativo del pericolo concreto quale schema capace di legittimare la sanzione penale sul terreno della libertà d'espressione, un diritto non assoluto per la Corte, ma capace di subire limitazioni a fronte di diritti di pari rango da tutelare⁵³.

Un monito, quello della Corte europea dei diritti dell'uomo, opportunamente fatto proprio dalla recente mozione approvata in Senato, che si pone nella direzione di una criminalizzazione del discorso d'odio **concretamente pericoloso**⁵⁴.

5. La legislazione italiana. Cenni.

La mozione approvata al Senato richiama altresì la legislazione italiana in materia.

Può essere utile ripercorrere brevemente le tappe dell'evoluzione legislativa nel nostro Paese, per cogliere le esigenze di riforma della disciplina.

Sul piano del diritto positivo italiano, l'impianto antidiscriminatorio penale poggia sul disposto della c.d. legge Reale-Mancino (benché l'ordinamento già conoscesse e contempli ancora la c.d. legge Scelba, nonché la legge 9 ottobre 1967, n. 962 di attuazione della Convenzione contro il genocidio del dicembre 1948)⁵⁵. In particolare, ritroviamo le disposizioni penali che

⁵¹ *Perinçek v. Svizzera*, 17 dicembre 2013, poi divenuta oggetto di scrutinio della Grande Camera. *Perinçek v. Svizzera* [Grande Camera (GC)], No. 27510/08, 15 ottobre 2015. In particolare, la Corte EDU ha ribadito che le limitazioni della libertà d'espressione sono giustificate se le dichiarazioni d'odio si innestano in un clima di tensione politica e sociale e se le dichiarazioni incitano in modo diretto o indiretto alla violenza o giustificano la violenza, l'odio o l'intolleranza.

⁵² *Dieudonné M'Bala M'Bala v. Francia*, 20 ottobre 2015, No. 25239/13. Cfr. G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 febbraio 2016, pp. 1 ss.

⁵³ Sia permesso il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., pp. 225 ss., 230 s.

⁵⁴ *Idem*, pp. 202 ss.

⁵⁵ Il primo intervento normativo del legislatore italiano teso a stigmatizzare in sede penale la discriminazione razziale è rappresentato dalla legge 20 giugno 1952, n. 645 (c.d. legge Scelba). La propaganda razzista veniva considerata, dall'art. 1 della citata legge, come una delle modalità di perseguimento delle finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, la cui ricostituzione veniva punita con la pena della reclusione da tre a dieci anni. La legge prevede altresì i reati di apologia del fascismo e di manifestazioni fasciste (artt.

incriminano le discriminazioni razziali nella legge di ratifica della Convenzione di New York sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del dicembre 1965, la legge 13 ottobre 1975, n. 654, c.d. legge Reale.

L'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico autonome fattispecie di reato caratterizzate dalla matrice razzista: la propaganda razzista, l'incitamento alla discriminazione razziale e agli atti di violenza nei confronti di persone appartenenti ad un diverso gruppo nazionale, etnico o razziale, il compimento di atti di discriminazione e di violenza nei confronti dei medesimi soggetti e, infine, la costituzione di associazioni ed organizzazioni con scopo di incitamento all'odio o alla discriminazione razziale. Condotte riconducibili rispettivamente alle nozioni di *hate speech* e di *hate crime*, così come definite nel presente saggio⁵⁶.

Nella sua formulazione originaria l'art. 3, comma 1, della citata legge, in attuazione della disposizione di cui all'articolo 4 della Convenzione di New York, puniva con la reclusione da uno a quattro anni, salvo che il fatto costituisse più grave reato, (lett. a) «chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale», ovvero (lett. b) «chi incita in qualsiasi modo alla discriminazione, o incita a commettere o commette atti di violenza o di provocazione alla violenza, nei confronti di persone perché appartenenti a un gruppo nazionale, etnico o razziale».

Un più incisivo intervento legislativo a carattere antidiscriminatorio si è avuto con il decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, culminato nella legge di conversione 25 giugno 1993, n. 205 (c.d. legge Mancino), recante “Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa”.

Il testo dell'articolo 3, comma 1, della legge 13 ottobre 1975, n. 654, novellato dalla legge Mancino, puniva:

«a) con la reclusione sino a tre anni chi diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, incita a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi».

La novella si è posta dunque nella direzione di una attenuazione del trattamento sanzionatorio, attraverso una modifica verso il basso delle cornici edittali: in particolare, si distinguono le condotte di mera «diffusione delle idee» e di mero «incitamento alla discriminazione», punite con pena meno elevata, da quelle di incitamento alla violenza, o

4 e 5). Il 9 ottobre 1967 veniva, altresì, emanata la legge n. 962, di attuazione della Convenzione contro il genocidio del 9 dicembre 1948, che, all'articolo 3, lettera c), dichiara punibile il diretto e pubblico incitamento al genocidio. Sul tema A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 maggio 2018, pp. 1 ss., nonché F. Basile, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2018, p. 73 ss., [ripubblicato anche in questa rivista](#), 4 dicembre 2019; si vedano, ampiamente, i vari saggi collezionati in S. Riondato, (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., pp. 1 ss.

⁵⁶ Sul tema, per vero poco frequentato dalla dottrina penalistica, nella manualistica, F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, in D. Pulitanò, (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale, I, Tutela penale della persona*, Giappichelli, 2019, pp. 403 ss.; tra i contributi dottrinali più risalenti, L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?* in *Crit. Dir.*, 1994, pp. 14 ss., tra i più recenti, oltre all'intera raccolta S. Riondato, (a cura di), *Discriminazione razziale*, cit., pp. 1 ss., tra gli altri, C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, 2008, nonché *Id.*, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *ius17@unibo.it*, II, 1, 2009, pp. 191 ss., e A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, 2018; G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aperture strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1325 ss., F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale. Problemi di legittimità della tutela penale*, Giappichelli, 2018, pp. 198 ss.

violenza, o provocazione alla violenza, punite più gravemente. Si è inoltre dato rilievo alla discriminazione per motivi religiosi, cosicché anche l'odio religioso e i relativi crimini sono oggi puniti in accordo a tale disciplina⁵⁷.

La legge del 1993 ha previsto altresì una modifica, introdotta al capoverso 3, dell'art. 3 della legge del 1975, per la quale viene punita più lievemente la costituzione di organizzazioni o associazioni con le finalità di cui sopra tra cui viene contemplata anche la discriminazione religiosa.

Sono state altresì previste dalla novella due nuove fattispecie di reato all'art. 2, intitolato "disposizioni di prevenzione":

«1. Chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, è punito con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila. 2. È vietato l'accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni agonistiche alle persone che vi si recano con emblemi o simboli di cui al comma 1. Il contravventore è punito con l'arresto da tre mesi ad un anno».

Soprattutto, la legge in parola si segnala per aver introdotto, all'art. 3, la c.d. aggravante dell'odio razziale (etnico, nazionale, religioso):

«1. Per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità, la pena è aumentata fino alla metà. 2. Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Dal punto di vista sanzionatorio, infine, la legge del 1993 contempla una serie di pene accessorie. I commi 1-*bis*-1-*sexies* dell'art. 1 prevedono infatti, significativamente, sanzioni con evidente finalità rieducativa, tra le quali spicca il lavoro a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo modalità da stabilirsi mediante decreto ministeriale⁵⁸.

Su tale articolato impianto antidiscriminatorio, si innesta nel 2006 la nota riforma dei reati di opinione⁵⁹. Nell'ambito di una più ampia e organica riforma dei reati di opinione, la recente legge 24 febbraio 2006, n. 85, all'articolo 13, ha ulteriormente modificato l'art. 3, comma 1 della legge 654/1975. In particolare alla lettera a), oltre ad una nuova diminuzione della pena (che ora è alternativa: reclusione fino a un anno e sei mesi, oppure multa fino ad Euro 6.000), vengono

⁵⁷ Cfr. su tale evoluzione, F. Basile, *Ti odio, "in nome di Dio"*, cit., pp. 74 ss.

⁵⁸ Secondo il comma 1-*quater*, «l'attività non retribuita a favore della collettività, da svolgersi al termine dell'espiazione della pena detentiva per un periodo massimo di dodici settimane, deve essere determinata dal giudice con modalità tali da non pregiudicare le esigenze lavorative, di studio o di reinserimento sociale del condannato». Il comma 1-*quinquies* specifica che «possono costituire oggetto dell'attività non retribuita a favore della collettività: la prestazione di attività lavorativa per opere di bonifica e restauro degli edifici danneggiati, con scritte, emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui al comma 3 dell'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654; lo svolgimento di lavoro a favore di organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, quali quelle operanti nei confronti delle persone handicappate, dei tossicodipendenti, degli anziani o degli extracomunitari; la prestazione di lavoro per finalità di protezione civile, di tutela del patrimonio ambientale e culturale, e per altre finalità pubbliche individuate con il decreto di cui al comma 1-*ter*». Infine il comma 1-*sexies* recita: «l'attività può essere svolta nell'ambito e a favore di strutture pubbliche o di enti ed organizzazioni privati».

⁵⁹ Sul tema M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 8-10, 2006, rispettivamente pp. 960 ss. e pp. 1197 ss.

modificati i termini della condotta penalmente rilevante: è punito non più chi «diffonde in qualsiasi modo», ma chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico»; non più chi «incita», ma chi «istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», nonché alla lett. b), chi «istiga» anziché chi «incita» a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi⁶⁰.

Nell'ambito di tale disciplina, per effetto della legge n. 115 del 2016, è stata introdotta altresì l'ipotesi del negazionismo (nuovo comma 3 *bis* dell'art. 3 legge n. 654 del 1975).

Da ultimo, l'intera materia è stata trasposta, a seguito della c.d. riserva di codice, operata dal d.lgs.vo 1 marzo 2018, n. 21, all'interno del codice penale, segnatamente, al titolo XII, Dei delitti contro la persona, nel Capo III, dei Delitti contro la libertà individuale, nella nuova Sezione I-*bis*, dedicata ai *Delitti contro l'uguaglianza* (tale tassonomia è oggi essenziale per la ricostruzione del bene giuridico tutelato), agli artt. 604-*bis* e 604-*ter* c.p. L'art. 604-*bis* c.p. recepisce le disposizioni or ora esaminate. Così recita.

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito:

a) con la reclusione fino ad un anno e sei mesi o con la multa fino a 6.000 Euro chi propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi;

b) con la reclusione da sei mesi a quattro anni chi, in qualsiasi modo, istiga a commettere o commette violenza o atti di provocazione alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

È vietata ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione o alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi. Chi partecipa a tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi, o presta assistenza alla loro attività, è punito, per il solo fatto della partecipazione o dell'assistenza, con la reclusione da sei mesi a quattro anni. Coloro che promuovono o dirigono tali organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da uno a sei anni.

Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione, sulla minimizzazione in modo grave o sull'apologia della *Shoah* o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale».

L'art. 604-*ter* c.p. riproduce la c.d. aggravante dell'odio razziale:

«per i reati punibili con pena diversa da quella dell'ergastolo commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità la pena è aumentata fino alla metà.

Le circostanze attenuanti, diverse da quella prevista dall'articolo 98, concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma, non possono essere ritenute equivalenti o

⁶⁰ La Corte di cassazione ha sostenuto che vi è continuità normativa tra il testo anteriore alle modifiche ex l. 85/2006 e quello successivo, laddove la sostituzione, nel comma 1, lett. a) dell'art. 3, della parola "diffonde" con quella "propaganda" e della parola "incita" con quella "istiga" non comporta, ai fini della configurabilità del reato, sostanziali novità, atteso che, quanto all'"incitamento", la differenza semantica rispetto all'"istigazione" appare del tutto inesistente, mentre, quanto al "propagandare", tale condotta si differenzia soltanto per specificazione da quella costituita dalla generica "diffusione", nella quale doveva quindi già ritenersi compresa, trattandosi di diffusione caratterizzata, fin dalla originaria formulazione della norma, dalla finalità di incitare al mutamento delle idee e dei comportamenti del pubblico. Cfr. Cass., Sez. I, 16 febbraio 2016, n. 34713, in *Riv. Pen.*, 10, 2016, pp. 895 ss.

prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante».

Ebbene, tale impianto antidiscriminatorio viene considerato dalla dottrina maggioritaria bisognoso di una riforma che dovrebbe snodarsi secondo le seguenti linee portanti: una rivisitazione dell'ipotesi dell'istigazione sterile, del discutibile riferimento a organizzazioni, movimenti o gruppi che non assurgono al rango di associazione a delinquere, del trattamento sanzionatorio, da diversificarsi per le differenti ipotesi delittuose, nonché da mitigare con riferimento alla circostanza aggravante del negazionismo – problemi che si potrebbero superare grazie ad una **agevole riforma legislativa**⁶¹.

Inoltre, si pone oggi urgentemente una ulteriore questione relativa all'opportunità di estendere la disciplina *de qua* anche alle ipotesi di crimini d'odio fondati sul genere e sull'orientamento sessuale oltre che sull'identità di genere, come accade in molti Paesi stranieri: una scelta che una **lettura costituzionalmente orientata** del predetto disposto codicistico alla luce dell'art. 3 della Costituzione, a nostro avviso, impone⁶².

6. Conclusione. Una mozione a favore della tolleranza, *rectius* dell'uguaglianza.

Ecco che a fronte di queste pressanti esigenze di riforma della normativa, nonché in considerazione della spirale crescente dell'odio cui si assiste nelle società tardo-moderne quale è la stessa società italiana, non può che salutarci con estremo favore l'istituzione della Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, voluta dall'On. Segre.

Tale Commissione, come si rileva nella mozione, può «permettere al Senato della Repubblica di onorare la sua tradizione e l'impegno per la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone».

Risuonano, in proposito, le parole della Corte europea dei diritti umani, secondo la quale i crimini d'odio richiedono una risposta della giustizia penale proporzionata al danno causato: «quando si indaga su eventi violenti, le autorità statali hanno il dovere aggiuntivo di muovere tutti i passi necessari per smascherare il motivo razziale e per stabilire se l'odio o il pregiudizio etnico possono o no aver giocato un ruolo nell'evento. Non fare ciò e trattare la violenza e la brutalità a sfondo razziale sullo stesso piano di casi nei quali non vi sono risvolti razziali vorrebbe dire chiudere gli occhi dinanzi alla natura specifica di tali atti che sono significativamente distruttivi dei diritti umani fondamentali»⁶³.

Non solo. La Commissione può costituire altresì l'organismo più adeguato per fronteggiare le sfide della società multiculturale attraverso un'attività di rilevazione, documentazione, e iniziativa legislativa sul fenomeno pernicioso dell'intolleranza in tutte le sue forme.

⁶¹ Nell'argomentare in merito all'estensione della legge Reale-Mancino alle condotte di omotransfobia, sottolinea efficacemente le linee, condivisibili, di una eventuale riforma della disciplina in parola, M. Pelissero, *Omofovia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 1, 2015, p. 27: «sarebbe necessario rivedere la formulazione dell'art. 1, lett. a) L. n. 645/1975 per conformarlo alla decisione-quadro 2008/913/GAI sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale che fa riferimento, non alla propaganda, ma all'istigazione pubblica alla violenza o all'odio»; se si mantiene la fattispecie di atti di discriminazione (non richiesta dalla decisione quadro citata), andrebbe limitata la punibilità ai soli atti di discriminazione, escludendo la rilevanza penale della semplice istigazione che oggi viene punita anche se non accolta; sarebbe opportuno eliminare il riferimento ad organizzazioni, movimenti e gruppi, che non garantiscono il rispetto del principio di determinatezza, e limitare l'art. 3 della L. n. 654/1975 al solo fatto associativo [...].»

⁶² Per una tematizzazione sul punto si rinvia a L. Goisis, *Crimini d'odio, passim*.

⁶³ Tale affermazione della Corte EDU si ritrova nel caso *Secic v. Croatia*, del 31 maggio 2007, No. 40116/02, par. 66.

I crimini d'odio, o di pregiudizio, in quest'ottica, rappresentano perfettamente il noto paradosso dell'intolleranza. Come icasticamente preconizzato da K. R. Popper: «se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro gli attacchi degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti, e la tolleranza con essi»⁶⁴.

La mozione che porta la firma di Liliana Segre costituisce, a nostro avviso, dinanzi ad un simile scenario, un passo doveroso – per una società che voglia dirsi civile – volto ad arginare il trionfo dell'odio, dell'intolleranza, o meglio, della disuguaglianza, ossia della discriminazione, quale negazione dell'**uguaglianza delle differenze** – di sesso, di razza/etnia, di lingua, di religione, di condizioni personali e sociali, nelle quali rientrano anche l'orientamento sessuale e l'identità di genere (oltre alla disabilità) – e conseguentemente quale negazione, a dispetto dell'uguaglianza giuridica, della **pari dignità sociale della persona**. Uno sfregio all'uguaglianza, quest'ultimo, verso il quale non si può restare indifferenti⁶⁵.

Bibliografia.

- G.W. Allport, *The Nature of Prejudice*, Addison-Wesley, 1954.
- G.W. Allport, *La natura del pregiudizio*, La Nuova Italia, 1973, traduzione a cura di M. Chiarenza.
- A. Ambrosi, *Costituzione italiana e manifestazione di idee razziste e xenofobe*, in S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, 2006, pp. 35 ss.
- F. Bacco, *Norme antidiscriminatorie*, in D. Pulitanò (a cura di), *Diritto Penale. Parte Speciale, I, Tutela penale della persona*, Giappichelli, 2019, pp. 403 ss.
- F. Bacco, *Tra sentimenti ed eguale rispetto. Problemi di legittimazione della tutela penale. Problemi di legittimità della tutela penale*, Giappichelli, 2018.
- F. Basile, *Ti odio, "in nome di Dio". L'incriminazione dell'odio e della discriminazione (in particolare, per motivi religiosi) nella legislazione italiana*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2018, p. 73 ss., [ripubblicato anche in questa rivista](#), 4 dicembre 2019.
- Bjs, *U.S. Residents Experienced About 293.800 Hate Crime Victimizations in 2012-Unchanged From 2004*, 2014.
- R. Brown *La psicologia del pregiudizio*, Il Mulino, 2013.
- A. di Martino, *Assassini della memoria: strategie argomentative in tema di rilevanza (penale) del negazionismo*, in G. Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Cedam, 2016, pp. 193 ss.
- V. Cuccia, *Libertà d'espressione e negazionismo*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, 4, pp. 857 ss.
- Fbi, *Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2017*, 2017.
- Fbi, *Uniform Crime Report, Hate Crime Statistics 2010, 2012*.
- Fra, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*, European Union Agency for Fundamental Rights, 2010.
- E. Fronza, A. Gamberini, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Dir. Pen. Cont.*, 29 ottobre 2013, pp. 1 ss.
- P.B. Gerstenfeld, *Hate Crimes. Causes, Controls, and Controversies*, Sage, 2018.

⁶⁴ K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Routledge, 1945, trad. it. *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, 1973-4, i, p. 360. Cfr. sul tema anche la voce Treccani *Liberalismo*, al sito www.treccani.it.

⁶⁵ Per una trattazione sulla discriminazione insita nei crimini d'odio, sia permesso il rinvio a L. Goisis, *Crimini d'odio*, cit., pp. 237 ss. Si veda, per un monito contro l'indifferenza, altresì L. Segre, *Non siate indifferenti*, Achille Grandi, 2018, pp. 7 ss.

- L. Goisis, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, 2019.
- L. Goisis, *Libertà d'espressione e odio omofobico. La Corte europea dei diritti dell'uomo equipara la discriminazione in base all'orientamento sessuale alla discriminazione razziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 418 ss.
- Home Office, *Hate Crime, England and Wales 2017-2018*, 2018.
- Home Office, *Hate Crimes, England and Wales 2011-2*, 2012.
- P. Iganski, J. Levin, *Hate Crime. A Global Perspective*, Routledge, 2015.
- M. Masucci, L. Langton, *Hate Crime Victimization, 2004-2015*, BJS, U.S. Department of Justice, 2017.
- B. Micolano, *Il diritto antidiscriminatorio nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, 2009.
- A. Nocera, *Manifestazioni fasciste e apologia del fascismo tra attualità e nuove prospettive incriminatrici*, in *Dir. Pen. Cont.*, 9 maggio 2018, pp. 1 ss.
- Osce, *Hate Crime Laws. A Practical Guide*, Odhr, 2009.
- M. Pelissero, *Omofobia e plausibilità dell'intervento penale*, in *Genius*, 1, 2015, pp. 14 ss.
- M. Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni e incoerenze sistematiche (I-II)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 8-10, 2006, pp. 960 ss. e pp. 1197 ss.
- K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Routledge, 1945, trad. it. *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, 1973-4.
- R.C. Post, *La disciplina dell'hate speech tra considerazioni giuridiche e sociologiche*, in Tega D., (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, UNAR, 2011, pp. 97 ss.
- A. Pugiotta, *Le parole sono pietre? I discorsi d'odio e la libertà d'espressione nel diritto costituzionale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 luglio 2013, pp. 1 ss.
- G. Puglisi, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'eguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1325 ss.
- G. Puglisi, *La "satira" negazionista al vaglio dei giudici di Strasburgo: alcune considerazioni in "rime sparse" sulla negazione dell'Olocausto*, in *Dir. Pen. Cont.*, 23 febbraio 2016, pp. 1 ss.
- D. Pulitanò, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2015, 4, pp. 325 ss.
- S. Riondato (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, 2006.
- A.S. Scotto Rosato, *Osservazioni critiche sul nuovo "reato" di negazionismo*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2016, 3, pp. 280 ss.
- L. Segre, *Non siate indifferenti*, Achille Grandi, 2018.
- M. Spatti, *Hate Speech e negazionismo tra restrizioni alla libertà d'espressione e abuso del diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, IX, 2014, pp. 341 ss.
- L. Stortoni, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?* in *Crit. Dir.*, 1994, pp. 14 ss.
- A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Giappichelli, 2018.
- C. Visconti, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Giappichelli, 2008.
- C. Visconti, *Il reato di propaganda razzista tra dignità umana e libertà di espressione*, in *ius17@unibo.it*, II, 1, 2009, pp. 191 ss.
- G.B. Vold, T.J. Bernard, *Theoretical Criminology*, Oxford University Press, 1986.
- A. Weber, *Manual on Hate Speech*, Council of Europe, 2009.

Riflessione

— **Per le Sezioni Unite il divieto di partecipare a pubbliche riunioni imposto al sorvegliato speciale è da considerarsi limitato alle sole riunioni "in luogo pubblico"**

Nota a C. cass., Sez. Un., 28 marzo (dep. 18 novembre) 2019, n. 46595, pres. D. Carcano, est. G. Rocchi, ric. A. e altro

As per the Joined Chambers, subjects under surveillance are prohibited from taking part in public meetings only if they are held in "public places"

Note to Cass. pen., Joined Sections, judgement of March 28, 2019 (filed on November 18, 2019), n. 46595, Pres. D. Carcano, Rapp. G. Rocchi, App. A. and other

di *Edoardo Zuffada*

1. Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno risolto un contrasto interpretativo recentemente sorto in giurisprudenza in relazione all'ambito di

operatività della prescrizione accessoria alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni, e hanno affermato che detto divieto «**si riferisce esclusivamente alle riunioni in luogo pubblico**». È stata data, dunque, risposta negativa al quesito posto dalla sezione rimettente, concernente la configurabilità (o meno) del reato di cui all'art. 75 cod. ant. in caso di partecipazione del sorvegliato speciale ad una manifestazione sportiva svoltasi in luogo aperto al pubblico (nella specie, in un palazzetto dello sport).

In via preliminare, va evidenziato che la pronuncia annotata **si inserisce nel più ampio processo di “tassativizzazione” in via interpretativa del diritto preventivo** intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità da circa un lustro¹ e intensificato a seguito delle censure mosse alla legislazione di prevenzione dalla grande camera della Corte EDU nella nota sentenza *De Tommaso*².

Si deve peraltro ricordare che, nell'ambito dell'anzidetto percorso di “rimodulazione interpretativa” delle misure di prevenzione, non è la prima volta che le Sezioni Unite sono chiamate ad affrontare una questione relativa alle prescrizioni collegate all'applicazione della sorveglianza speciale e alla correlativa sanzione penale prevista dal codice antimafia in caso di trasgressione degli obblighi e dei divieti imposti.

In particolare, nella **sentenza Sinigaglia** del 2014 le Sezioni Unite hanno stabilito che la mancata esibizione della carta di permanenza da parte del sorvegliato speciale all'autorità pubblica richiedente – obbligo di ostensione che risulta imposto ai sensi dell'art. 8, co. 7, cod. ant. – non integra il reato di cui all'art. 75 cod. ant., bensì soltanto la più lieve contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., posto che la condotta deviante si atteggia in questo caso come inosservanza di un provvedimento della competente autorità per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico e che tale provvedimento è preordinato soltanto a rendere più agevole l'operato delle forze di polizia³.

Più recentemente, inoltre, con la **pronuncia Paternò** la Suprema Corte ha escluso che l'inosservanza dei generici obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” configuri il reato di cui all'art. 75 cod. ant., e ciò sulla base dell'argomento che il reato in discorso può considerarsi integrato solo in caso di violazione di una o più prescrizioni a contenuto specifico, e non anche in caso di trasgressione di quelle, appunto, “generiche”⁴. Come noto, la posizione fatta

¹ Ricostruisce lo “stato dell'arte” della c.d. giurisprudenza “tassativizzante” F. Basile, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018. Sul punto v. anche: A. M. Maugeri, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, pp. 333 ss.; F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *DisCrimen*, 12 settembre 2018, pp. 12 ss.

² C. EDU, grande camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. Si rimanda alle note di: G. Biondi, *Misure di prevenzione e CEDU*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 5, pp. 2072 ss.; M. Cerase, *De Tommaso: una clava di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 7-8, pp. 2670 ss.; S. Finocchiaro, *Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 881 ss.; F. P. Lasalvia, *Il sasso nello stagno: luci “europee” e ombre “nazionali” su una sentenza “storica”?* *Appunti di Cedu De Tommaso c. Italia*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 1; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1039 ss.; A. M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 15 ss.; Fr. Mazzacuva, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 3, pp. 1017 ss.; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, pp. 127 ss.; E. Rizzato, *Misure di prevenzione e Cedu*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 5, p. 2076; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 370 ss.

³ Corte cass., sez. un., 29 maggio (dep. 24 luglio) 2014, n. 32923, *Sinigaglia*, in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2014, con nota di M. C. Ubiali, *Le sezioni unite sulla violazione dell'obbligo, per il sorvegliato speciale, di esibire la carta di permanenza*.

⁴ C. cass., sez. un., 27 aprile (dep. 5 settembre) 2017, n. 40076, *Paternò*, in *CED Cassazione*, con commenti di F. Basile, *Le Sezioni unite “Paternò”, con quel che precede e quel che segue. Quale futuro per le misure di prevenzione?*, in *Giur. it.*,

propria dalla sentenza *Paternò* è poi stata convalidata dalla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 75, co. 1 e 2, cod. ant., nella parte in cui prevede come reato la violazione degli obblighi di "honeste vivere" e di "rispettare le leggi"⁵: la declaratoria di incostituzionalità ha consentito, dunque, di estendere gli effetti della sentenza *Paternò* anche ai condannati in via definitiva e a coloro che hanno presentato ricorsi per cassazione inammissibili⁶.

2. Tornando alla sentenza in commento, concernente il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni da parte del sorvegliato speciale, occorre premettere che in proposito, come ben ricostruito dall'ordinanza di rimessione⁷, si confrontavano due orientamenti giurisprudenziali.

Secondo una **più tradizionale e maggioritaria opinione**, la locuzione "pubblica riunione" deve essere intesa estensivamente come «qualsiasi riunione di più persone in luogo pubblico o aperto al pubblico o in altro luogo in cui a determinate condizioni vi può accedere un numero indeterminato di persone indipendentemente dal motivo per il quale la riunione medesima ha luogo»⁸. L'ampia latitudine operativa della prescrizione in parola trova la propria giustificazione, secondo questa impostazione, nella specifica *ratio* del divieto, che sarebbe quella di «evitare che l'ordine pubblico venga leso o messo in pericolo, fine che viene conseguito vietando anche la semplice partecipazione del soggetto sottoposto a misura di prevenzione a riunioni in cui in considerazione del numero delle persone effettivamente presenti – o che possono, comunque, intervenire – è difficile il loro controllo e più agevole la possibilità di commettere reati»⁹.

Un **secondo e opposto orientamento**, invece, riprendendo la distinzione tra prescrizioni "generiche" e "specifiche" elaborata dalla sentenza *Paternò*, ha giudicato generico e indeterminato il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni e ha quindi escluso che la sua trasgressione da parte del prevenuto conduca alla punibilità ai sensi dell'art. 75 cod. ant.¹⁰. In particolare, la non configurabilità del reato in parola si spiegherebbe con la non reperibilità

2018, pp. 455 ss.; G. Biondi, *Le Sezioni unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, pp. 163 ss.; V. Maiello, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, pp. 777 ss.; F. Mazara Grimani, *Limiti applicativi dell'art. 75, comma 2, d.lg. n. 159/2011 nella giurisprudenza delle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione: una prima ricaduta in materia di misure di prevenzione dopo la sentenza Cedu "De Tommaso"*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 7-8, pp. 2359 ss.; F. Viganò, *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 9/2017, pp. 146 ss.

⁵ C. cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 25, in *Giur. cost.*, 2019, pp. 344 ss. Per un commento alla sentenza si veda: S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte edu*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019; Fr. Mazzacuva, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento su binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 987 ss.

⁶ C. cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 25, in part. § 12.

⁷ C. cass., sez. I, ord. 19 dicembre 2018 (dep. 17 gennaio 2019), n. 2124, *Acquaviva*, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2019, con nota di E. Zuffada, *Alle sezioni unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni*.

⁸ In questi termini Corte cass., sez. I, 11 marzo (dep. 8 luglio) 2003, n. 28964, D'Angelo, in *CED Cassazione*. Di recente, in senso conforme, Corte cass., sez. I, 8 maggio (19 giugno) 2018, n. 28261, Lo Giudice, in *CED Cassazione*.

⁹ Ancora Corte cass., sez. I, 11 marzo (dep. 8 luglio) 2003, n. 28964, D'Angelo, in *CED Cassazione*.

¹⁰ Corte cass., sez. I, 9 aprile (dep. 10 luglio) 2018, n. 31322, Pellegrini, in *Dir. pen. cont.*, 19 luglio 2018, con nota critica di G. Amarelli, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*.

all'interno dell'ordinamento italiano di un'univoca e sufficientemente precisa definizione di "pubblica riunione", non essendo rintracciabili soluzioni ermeneutiche «in grado di ridimensionare la vasta discrezionalità attribuita al giudice nel "comporre" il contenuto della norma incriminatrice, dal momento che potrebbero farvisi rientrare condotte partecipative ad eventi o situazioni, profondamente diversi tra loro e non sempre in linea con la *ratio* giustificatrice del divieto di assistervi»¹¹.

Insieme alle due posizioni appena sintetizzate, bisogna dare conto anche di una **recente sentenza della Corte di cassazione** – ricordata dalle stesse Sezioni Unite – nella quale, attraverso un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, è stato assolto dal reato di cui all'art. 75, co. 2, cod. ant. un sorvegliato speciale il quale aveva presenziato ad un comizio elettorale, in ragione del fatto che nessuna indicazione si poteva trarre dal provvedimento impugnato in ordine ai motivi della limitazione alla libertà di partecipare a riunioni pubbliche e a comizi elettorali e che, dunque, tale prescrizione si atteggiava a «compressione generalizzata di una libertà fondamentale, senza correlarsi all'aspetto della ritenuta pericolosità sociale e senza, soprattutto, dire per quale ragione essa imposizione si renda, nel singolo caso concreto, necessaria in funzione dell'attuazione del controllo di pericolosità»¹². In altri termini, la Suprema Corte sembra qui richiamare l'attenzione sul fatto che le limitazioni delle libertà individuali del prevenuto in tanto si giustificano, in quanto siano funzionali al contenimento della pericolosità soggettiva alla luce delle specificità del caso concreto.

3. Ripercorriamo ora brevemente l'iter argomentativo seguito dalle Sezioni Unite per risolvere la questione interpretativa loro sottoposta.

3.1. La Corte di cassazione muove dalla considerazione che la **norma incriminatrice di cui all'art. 75 cod. ant.** – la quale «è stata oggetto di numerose pronunce della Corte costituzionale, delle Sezioni Unite della Cassazione e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo» – impegna l'interprete sotto **tre distinti profili**: anzitutto, pone un delicato problema in rapporto alla **precisione del precetto** e alla **prevedibilità della sua applicazione**¹³; inoltre, solleva dubbi in ordine alla sua **compatibilità con i principi di offensività e di proporzionalità**¹⁴; infine, pone la questione della **«legittimità delle prescrizioni previste per il sorvegliato speciale alla luce della necessità di tutelare altri diritti costituzionalmente riconosciuti»**¹⁵.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, le sezioni unite ricordano la preoccupazione espressa dalla Corte EDU in relazione al divieto di partecipazione a pubbliche riunioni, laddove i giudici europei osservano che «*[t]he law does not specify any temporal or spatial limits to this fundamental freedom, the restriction of which is left entirely to the discretion of the*

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte cass., sez. I, 6 giugno (dep. 30 ottobre) 2018, n. 49731, Sassano, in *Leggi d'Italia*.

¹³ Cfr. § 4 del *considerato in diritto*.

¹⁴ Cfr. § 5 del *considerato in diritto* dove, richiamando testualmente la sentenza *Sinigaglia*, le sezioni unite osservano che «le violazioni degli obblighi e delle prescrizioni devono consistere in condotte "eloquenti, in quanto espressive di una effettiva volontà di ribellione all'obbligo o al divieto di soggiorno"; non è possibile, cioè, "equiparare, in una omologante indifferenza valutativa, ogni e qualsiasi *défaillance* comportamentale, anche se ascrivibile a soggetto qualitativamente pericoloso"; e che, «piuttosto, devono essere puniti soltanto quei comportamenti che, violando le leggi, costituiscono indice di una persistente e ulteriore pericolosità, quelle inosservanze che determinano un "annullamento" di fatto della misura».

¹⁵ Cfr. § 6 del *considerato in diritto*.

judge»¹⁶. A ben vedere, **le parole utilizzate nella sentenza De Tommaso sembrano alludere ad un difetto di determinatezza della prescrizione in parola**, ciò che implicherebbe un sospetto di incostituzionalità della medesima.

Di diverso avviso sono invece le Sezioni Unite, le quali ritengono che «la “preoccupazione” espressa dalla Corte EDU con riferimento al divieto di partecipare a pubbliche riunioni [riguardi] soprattutto **l’assolutezza della compressione della relativa libertà**» e giudicano «non del tutto chiaro» l’accenno all’ampio margine di discrezionalità lasciato al giudice, «tenuto conto, da una parte, che il tribunale, che applica la misura di prevenzione non ha discrezionalità nel graduare la restrizione della libertà di partecipare alle pubbliche riunioni (...), dall’altra che – salva la tematica dell’interpretazione della nozione di “pubbliche riunioni” – la prescrizione, per essere concretamente applicabile, non necessita di ulteriori specificazioni»¹⁷.

L’osservazione della Corte di cassazione non è di poco conto: attraverso una siffatta rilettura del *dictum* di Strasburgo, i giudici di legittimità superano il problema relativo allo *standard* di legalità della prescrizione, per concentrarsi sull’estensione del suo ambito di applicazione.

3.2. La Suprema Corte richiama poi la giurisprudenza costituzionale relativa alle prescrizioni accessorie alla sorveglianza speciale e al reato di cui all’art. 75 cod. ant.¹⁸. Da un lato, viene fatto riferimento a quelle pronunce in cui la Corte costituzionale, nell’escludere i dubbi di costituzionalità della normativa di prevenzione *in parte qua*, ha affermato che **spetta al giudice penale verificare di volta in volta gli elementi di fatto integranti la fattispecie incriminatrice della trasgressione degli obblighi e dei divieti imposti al prevenuto**¹⁹. In particolare, al tribunale non deve sfuggire «né il carattere eccezionale delle limitazioni di libertà in questione, che non può non riflettersi sul significato da attribuire ai termini adoperati dalla legge, né la distinzione, che certo merita di essere considerata, fra i contatti sociali che la legge specificamente indica come pericolosi e quelli che costituiscono il normale e quotidiano svolgimento dei rapporti della vita, inibito di regola soltanto a chi è sottoposto a misure detentive»²⁰.

Dall’altro lato, viene richiamata quella sentenza nella quale la Corte costituzionale – nel reputare conformi a Costituzione le prescrizioni di “vivere onestamente”, “rispettare le leggi” e “non dare ragione di sospetti” – aveva, però, ricordato che **è compito ineludibile del giudice quello di interpretare le locuzioni ampie e polisenso alla luce del contesto normativo in cui sono inserite**: secondo i giudici costituzionali, infatti, l’utilizzo di tali espressioni generali «non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall’incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un’operazione interpretativa non esorbitante l’ordinario compito a lui affidato»²¹.

¹⁶ C. EDU, grande camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, § 123 [nella traduzione italiana, curata dal Ministero della Giustizia: «[I]a legge non specifica alcun limite temporale o spaziale di questa libertà fondamentale, la cui restrizione è lasciata interamente alla discrezione del giudice»].

¹⁷ Cfr. § 6 del *considerato in diritto*.

¹⁸ Cfr. § 7 del *considerato in diritto*.

¹⁹ Le sezioni unite si riferiscono a C. cost., sent. 20 aprile-5 maggio 1959, n. 27, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 355 ss.; e a C. cost., sent. 21 aprile-5 maggio 1983, n. 126, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 412 ss., con nota di C. Peluso, *Prescrizioni imposte con la sorveglianza speciale e con la libertà vigilata: solo profili di costituzionalità?*

²⁰ Il brano citato dalle sezioni unite e qui sopra riportato è tratto da C. cost., sent. 20 aprile-5 maggio 1959, n. 27, cit.

²¹ Il richiamo è a C. cost., sent. 7-23 luglio 2010, n. 282, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 3535 ss., con nota di A. Tesauro, *Corte costituzionale e sorveglianza speciale: una breve analisi filosofico-giuridica tra uguaglianza e ragionevolezza*.

3.3. Ancora, le Sezioni Unite fanno riferimento ai già menzionati arresti *Sinigaglia* e *Paternò* e, in particolare, richiamano gli snodi motivazionali in cui si afferma in termini espliciti che non ogni trasgressione delle prescrizioni imposte al sorvegliato speciale integra il reato di cui all'art. 75 cod. ant.: al contrario, **sarebbero punibili solo quelle condotte che sono espressive di una effettiva volontà di ribellione** agli obblighi e ai divieti ordinati con la misura di prevenzione personale²².

3.4. A questo punto, il supremo consesso della Corte di cassazione passa ad analizzare il contrasto interpretativo sorto all'interno della giurisprudenza di legittimità e concentra la propria attenzione sui due arresti che sono pervenuti all'assoluzione dell'imputato dal reato di cui all'art. 75 cod. ant. per insussistenza del fatto.

Come giustamente osservato, sebbene le posizioni espresse dalle sopracitate pronunce condividano il richiamo alle sentenze *De Tommaso* e *Paternò* e siano convergenti negli esiti, diverso è il percorso argomentativo seguito dai due collegi giudicanti. Mentre, infatti, la **sentenza n. 31322 del 2018** ravvisa un difetto di determinatezza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni e, proprio in ragione della sua "genericità", esclude che esso possa integrare il precetto primario dell'art. 75 cod. ant., la **sentenza n. 49731 del 2018** giudica precisa e indefettibile la prescrizione in questione, ma ritiene che la sua trasgressione acquisti rilevanza penale nel solo caso in cui la condotta del sorvegliato speciale abbia vanificato di fatto la funzione specialpreventiva della misura personale. In altri termini, secondo la pronuncia da ultimo citata, è «necessaria una valutazione in concreto del giudice penale in aggiunta a quella del giudice della prevenzione» che faccia emergere la «"significatività" della violazione della prescrizione»²³.

4. Come già detto in apertura della presente nota, le Sezioni Unite risolvono il contrasto giurisprudenziale attraverso una **delimitazione del concetto di "pubbliche riunioni"**, attestandosi dunque su una posizione per così dire "mediana".

4.1. Prese nettamente le distanze dall'orientamento tradizionale e più estensivo, la Corte di cassazione non condivide nemmeno l'impostazione fatta propria dalla sentenza n. 31322 del 2018, consistente nella disapplicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 75 cod. ant. qualora il precetto consista nel divieto di partecipazione a pubbliche riunioni. Anzitutto, secondo le Sezioni Unite **il divieto in parola è «una prescrizione specifica e non generica»** ed è «strettamente connessa alla finalità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale, poiché la partecipazione alle pubbliche riunioni rende più difficoltosa proprio la *sorveglianza* del sottoposto alla misura di prevenzione, che deve essere rafforzata soprattutto se si tratta di misura accompagnata dall'obbligo o divieto di soggiorno; quindi rende più facile e meno controllabile la consumazione di reati oppure l'incontro con soggetti pregiudicati o sottoposti a misure»²⁴. E comunque – ricordano correttamente le Sezioni Unite – **un eventuale sospetto di imprecisione e indeterminatezza** dovrebbe essere fatto valere non già mediante la disapplicazione della norma incriminatrice, bensì attraverso la **proposizione di una questione di legittimità costituzionale** per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 Cedu (senza dimenticare, aggiungiamo noi, l'art. 25 Cost.)²⁵.

²² Cfr. § 8 del *considerato in diritto*.

²³ Cfr. § 12 del *considerato in diritto*.

²⁴ Cfr. § 15 del *considerato in diritto*.

²⁵ Cfr. § 14 del *considerato in diritto*.

Inoltre, la Corte di cassazione ritiene che sia possibile individuare all'interno dell'ordinamento una **nozione sufficientemente precisa di "pubbliche riunioni"**. In particolare, facendo riferimento all'art. 17 Cost., si sostiene che "pubbliche riunioni" siano soltanto quelle che si svolgono in luogo pubblico e che possono essere vietate dall'autorità per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica. Se, infatti, la compressione in via preventiva della libertà di riunione è costituzionalmente legittima ai sensi dell'art. 17 Cost. solo in caso di riunioni in luogo pubblico, «è inevitabile e corretto ritenere che le "pubbliche riunioni" di cui all'art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159 del 2001 altro non siano che le "riunioni in luogo pubblico" cui fa riferimento l'art. 17 della Costituzione»²⁶.

Secondo le Sezioni Unite, tale soluzione interpretativa risponde pienamente agli *standard* di legalità che la Costituzione impone alle fattispecie incriminatrici, poiché «da una parte rende certo il contenuto della prescrizione penalmente sanzionata e, quindi, conoscibile dai destinatari (...); dall'altra elimina ogni discrezionalità del giudice penale nell'applicazione della norma; inoltre – anche tenendo conto delle osservazioni mosse dalla Corte EDU nella sentenza De Tommaso – riduce al minimo la compressione del diritto di riunione (tutelato a livello convenzionale dall'art. 11 CEDU); infine permette alla sanzione penale di colpire soltanto condotte sintomatiche della pericolosità del soggetto e che determinano un annullamento di fatto della misura, atteso che la partecipazione ad una riunione in luogo pubblico impedisce (o comunque, rende estremamente difficoltoso) la sorveglianza del soggetto»²⁷.

4.2. La rimodulazione in via interpretativa della locuzione "pubbliche riunioni" rende «superflua» la soluzione prospettata dalla sentenza n. 49731 del 2018 implicante una verifica della concreta offensività della violazione della prescrizione da parte del giudice penale, soluzione che appare «forzata e non necessaria».

Per scongiurare il rischio che la prescrizione in parola si risolva in un'ingiustificata e sproporzionata compressione della libertà di riunione, il sorvegliato speciale «potrà chiedere al Tribunale l'autorizzazione a partecipare a quella riunione pubblica e, comunque, chiamato a rispondere della violazione della prescrizione, avrà l'onere di allegare e dimostrare che la sua condotta era inoffensiva in quanto la partecipazione alla pubblica riunione era giustificata da validi motivi»; di conseguenza, «in mancanza di tali allegazioni e tale prova non sembra vi sia spazio per il giudice penale di ritenere la condotta inoffensiva sulla base di una valutazione astratta». In definitiva, secondo le Sezioni Unite, **il giudice penale «non può essere chiamato a fornire una motivazione aggiuntiva della offensività della violazione della prescrizione»**, posto che tale valutazione spetta esclusivamente al legislatore; tutt'al più, egli «potrà ritenere giustificata la partecipazione alla pubblica riunione se dagli atti emergeranno le specifiche circostanze cui si è accennato», vale a dire il giustificato motivo di partecipazione alla riunione²⁸.

4.3. La definizione di pubbliche riunioni ricavabile dal dettato costituzionale «**riduce sensibilmente la portata della prescrizione» di cui all'art. 8, co. 4, cod. ant.**, ma **tale restrizione non comporta**, secondo le Sezioni Unite, **un affievolimento dell'efficacia preventiva della sorveglianza speciale**. In primo luogo, infatti, viene ricordato che la legge n. 401/1989 prevede già un'autonoma misura di prevenzione (**il c.d. Daspo**) per inibire ai soggetti

²⁶ Cfr. § 16 del *considerato in diritto*.

²⁷ Cfr. ancora § 16 del *considerato in diritto*.

²⁸ Cfr. § 17 del *considerato in diritto*.

socialmente pericolosi l'accesso a manifestazioni sportive che si svolgono in luoghi aperti al pubblico.

In secondo luogo, non va dimenticata la **previsione di cui all'art. 8, co. 5, cod. ant.**, la quale attribuisce al giudice della prevenzione il potere di «imporre tutte le prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale»: attraverso tale previsione, sarebbe ben possibile per il giudice imporre una prescrizione aggiuntiva, che inibisca al sorvegliato speciale di partecipare «a riunioni che non sono “pubbliche riunioni” nel significato ristretto che in questa sede è stato attribuito all'espressione»²⁹.

5. Non è certamente questa la sede per approfondire i numerosi spunti di riflessione offerti dalla sentenza annotata. Ciò nonostante, ci sia comunque consentito di concludere con qualche osservazione di massima.

In sede di commento dell'ordinanza di rimessione, avevamo già detto che, qualora le Sezioni Unite avessero deciso di non rivolgersi alla Corte costituzionale per lamentare il difetto di legalità dell'art. 75 cod. ant. così come integrato dal divieto di partecipazione a pubbliche riunioni, una soluzione di compromesso avrebbe potuto essere proprio quella di limitare in via interpretativa il concetto di “pubbliche riunioni”, circoscrivendolo ai soli assembramenti che avvengono in un luogo pubblico³⁰.

Pur tuttavia, rimaniamo persuasi che **l'opzione preferibile sarebbe stata quella di interrogare la Consulta**, e ciò per due ordini di ragioni.

Bisogna anzitutto rammentare che, sebbene la via eletta dalle Sezioni Unite per comporre il contrasto giurisprudenziale non sia affatto peregrina e, anzi, si ancori una lettura sistematica del dato positivo con alcuni arresti della Corte costituzionale, essa non appare affatto scontata. A ben vedere, una parte della dottrina ha osservato che il legislatore costituente, nel collegare la disciplina della libertà delle riunioni al luogo del loro svolgimento, avrebbe esplicitamente scartato la dicotomia “riunioni pubbliche-riunioni private”, in quanto non sufficientemente univoca: sulla base di tale distinzione, infatti, potrebbe considerarsi pubblica, ad es., anche una riunione in luogo privato composta da un gran numero di partecipanti, ovvero una riunione avente per oggetto tematiche di interesse pubblico³¹.

Inoltre, la stessa Corte di Strasburgo sembra aver posto l'accento, nel passo della sentenza *De Tommaso* poco sopra riportato (*supra*, § 3.1.), sul difetto di determinatezza e, dunque, sulla scarsa prevedibilità della prescrizione e della norma incriminatrice, più che sull'ampiezza

²⁹ § 18 del *considerato in diritto*.

³⁰ E. Zuffada, *Alle sezioni unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia*, cit., § 10.

³¹ Cfr. A. Pace, *Art. 17*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1977, p. 163, il quale osserva che in forza di tale distinzione «una riunione, sebbene indetta in forma privata, potrebbe essere “considerata” pubblica per il luogo in cui viene tenuta, per il numero delle persone che intervengono o per lo scopo o per l'oggetto di essa». Cfr. anche G. Miele, F. Scianò, voce *Riunione (diritto di)*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1957, p. 207, dove gli A. ricordano che «[I]e riunioni si dicono anche *pubbliche* e *private*, ma non si tratta di nozioni univoche, poiché le diverse legislazioni possono dare definizioni diverse, a secondo che si adotti il criterio distintivo del *luogo*, del *numero dei partecipanti*, dell'*ordine del giorno*, ecc.».

dell'orizzonte semantico della locuzione in discorso: il che comporta una problematica compatibilità della prescrizione in parola con il principio di legalità convenzionale.

Quanto appena detto ci consente di ribadire che bene avrebbe fatto il supremo consesso della Corte di cassazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 cod. ant., nella parte in cui richiama la prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni di cui all'art. 8, co. 4, cod. ant.

6. Peraltro, non bisogna dimenticare che la sorveglianza speciale – come qualsiasi altra misura di prevenzione – in tanto può svolgere un'autentica funzione specialpreventiva, in quanto i suoi contenuti siano **adeguati e proporzionati** a ciascun caso concreto.

Ebbene, la delimitazione in via interpretativa della locuzione “pubbliche riunioni” non risolve il più **generale problema dell'obbligatorietà della prescrizione in discorso**, la quale può apparire in alcuni casi non necessaria. Si pensi, ad es., allo *stalker* o all'evasore fiscale socialmente pericolosi, ai quali ha ben poco senso vietare la partecipazione a riunioni in luoghi pubblici, posto che la loro particolare pericolosità non trova stimolo in occasione di assembramenti, né in questi casi si pone una particolare esigenza di controllo visivo dei suddetti proposti.

Si tratta, evidentemente, di un profilo di problematicità della sorveglianza speciale che trascende lo spazio di manovra della presente pronuncia e che dovrebbe essere adeguatamente affrontato in sede parlamentare, in una forma che potrebbe essere quella cui faremo cenno in chiusura del presente contributo (*infra*, § 8).

7. Ci sembra, poi, di rilevare un profilo di contraddizione nella sentenza annotata, laddove le Sezioni Unite, dopo aver limitato il concetto di “pubbliche riunioni” alle sole riunioni in luogo pubblico, ammettono che il giudice, attraverso la clausola di cui all'art. 8, co. 5, cod. ant., possa vietare al sorvegliato speciale, alla luce delle circostanze del caso concreto, di prendere parte ad assembramenti che si svolgono in luogo aperto al pubblico.

Al di là della sensazione che attraverso una tale affermazione quello che viene lasciato fuori dalla porta ritorni in casa passando per la finestra, solleva qualche interrogativo l'argomento speso dalle Sezioni Unite per interpretare restrittivamente la prescrizione in parola, secondo cui ai sensi dell'art. 17 Cost. «la limitazione del diritto di riunione in ragione di una misura di prevenzione è costituzionalmente legittima solo se si tratta di “riunioni in luogo pubblico”».

Delle due l'una: o l'art. 17 Cost. consente di comprimere in via preventiva la libertà di riunione solo qualora essa sia esercitata in luogo pubblico, e allora non sembra possibile utilizzare lo strumento delle prescrizioni discrezionali per limitare tale diritto quando le riunioni si tengano in luoghi diversi; oppure dalla suddetta norma costituzionale non è possibile ricavare una tutela così intensa del diritto di riunione, e allora limitazioni ulteriori rispetto a quelle costituzionalmente previste – ad es., attraverso l'art. 8, co. 5, cod. ant. – sono ammissibili.

Sia chiaro che la rilevata contraddizione non inficia la plausibilità della ricostruzione fatta propria dalle Sezioni Unite. Piuttosto, l'argomentare della Suprema Corte stimola l'interprete ad

interrogarsi sul **tema** – che in questa sede può essere soltanto riguardato da lontano – **dei margini di comprimibilità della libertà di cui all’art. 17 Cost. tollerati dalla Costituzione**³².

8. Prima di concludere, sembra il caso di riservare un’ultima notazione di carattere generale rispetto all’affermazione delle Sezioni Unite secondo la quale il giudice della prevenzione potrebbe imporre al prevenuto, ai sensi dell’art. 8, co. 5, cod. ant., il divieto di prendere parte a riunioni che si svolgono in luogo aperto al pubblico, qualora gli indici di pericolosità suggeriscano di limitare la partecipazione del soggetto a particolari tipologie di assembramenti.

È fuor di dubbio che la soluzione accolta dalla Suprema Corte migliori notevolmente la condizione del sorvegliato speciale: in effetti, alla luce del principio di diritto enunciato nella sentenza annotata, il proposto non potrà mai prendere parte a riunioni in luogo pubblico, mentre potrà partecipare alle riunioni in luogo aperto al pubblico, salvo che il giudice, alla luce del quadro soggettivo del proposto, ritenga di comprimere ulteriormente la libertà fondamentale di cui all’art. 17 Cost.

Ci sembra tuttavia doveroso richiamare l’attenzione sul fatto che, ad oggi, la previsione di cui all’art. 8, co. 5, cod. ant. attribuisce al giudice della prevenzione un potere enorme, e cioè quello di decidere – nell’*an*, nel *quomodo* e nel *quantum* – quali libertà fondamentali limitare in via preventiva, sulla base dell’unico e poco pregnante criterio delle «esigenze di difesa sociale». È fin troppo ovvio sottolineare che una disposizione di tal fatta potrebbe prestarsi ad abusi e arbitri.

Non va dimenticato, peraltro, che anche la violazione delle prescrizioni discrezionali imposte dal giudice comporta la punibilità ai sensi dell’art. 75 cod. ant.: il rischio, in definitiva, è quello di aggravare quel perverso meccanismo di criminalizzazione del prevenuto – da alcuni definito come una «spirale sanzionatoria»³³ – che, dalla seconda metà dell’Ottocento in avanti, non sembra mai essere stato del tutto eradicato dal sistema delle misure *ante delictum*.

Essendo convinti che **le scelte intorno alle limitazioni dei diritti individuali debbano essere prese soltanto dal legislatore**, auspichiamo che, in una prospettiva *de iure condendo*, si giunga ad una riforma del sistema di prescrizioni accessorie alla sorveglianza speciale. In quest’ottica, si potrebbe immaginare un ampio **catalogo di obblighi e divieti a contenuto legislativamente disciplinato, entro il quale il giudice possa scegliere le più adeguate e proporzionate al caso concreto**: attraverso questa via si potrebbe probabilmente approdare ad un sistema di prevenzione maggiormente “sostenibile” e rispettoso dei diritti fondamentali.

³² Si veda A. Pace, *Art. 17*, cit., p. 147, il quale osserva che «[r]ibadita la natura di “libertà” individuale che la Costituzione riconosce al diritto in esame, quel che consegue dalla tesi è che la libertà costituzionale così proclamata non tollera (né soggettivamente, né oggettivamente, né finalisticamente) l’apposizione di limiti che la Costituzione non abbia previsti». Da ciò ne deriva che «risulteranno disciplinate e protette le riunioni per qualsivoglia fine lecito, a meno che l’attività posta in essere in riunione – o mediante riunioni – non abbia una diversa disciplina costituzionale che consenta più penetranti controlli».

³³ G. Corso, *L’ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 264-265. Nello stesso senso D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Torino, 1996, p. 12, il quale paragona le misure preventive ad «una vera e propria tagliola, destinata ad imprigionare le sue vittime in una spirale che vede sempre e comunque il carcere (o, peggio, la forza) al suo esito».

Riflessione

— La definizione di un sistema penale minorile conforme ai principi internazionali

Le osservazioni del Comitato ONU sui diritti del fanciullo a trent'anni dalla Convenzione di New York

The recognition of a juvenile criminal justice system in line with the international principles

The General Comment of the Committee on the Rights of the Child thirty years after the New York Convention

di *Lucio Camaldo, Francesca Manfredini*

Abstract. *Con le Osservazioni generali del 18 settembre 2019, il Comitato ONU sui diritti del fanciullo, a (quasi) trent'anni dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ha fornito interessanti spunti di riflessione e rilevanti indicazioni per rafforzare i diritti dei minori autori di reato, nonché al fine di delineare un sistema penale minorile conforme ai principi internazionali.*

Abstract. *With General Comment published on September 18th 2019, (almost) thirty years after the New York Convention, the UN Committee on the Rights of the Child has offered causes for reflection and recommendations in order to strengthen the rights of children accused of having infringed criminal law as well as to outline a juvenile criminal justice system in line with the international principles.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prevenzione della commissione di reati da parte di minorenni. Gli interventi nei confronti dei minori non imputabili. – 3. Gli interventi nei confronti del minore imputabile. – 4. Età e responsabilità penale del minore. – 5. Le garanzie dell'equo processo minorile. – 6. Le alternative al processo penale e alla condanna. Le pene vietate per i minorenni. – 7. La privazione della libertà personale del minore nella fase *pre-trial* e in quella *post-trial*. – 8. Il reclutamento dei minori da parte di organizzazioni criminali o di gruppi terroristici. – 9. L'organizzazione della giustizia penale minorile e la formazione degli operatori. – 10. L'importanza della ricerca,

raccolta e valutazione dei dati.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Prevention of child offending. Early interventions directed at children below the minimum age of criminal responsibility. – 3. Interventions directed at children above the minimum age of criminal responsibility. – 4. Age and children's criminal liability. – 5. Guarantees for a fair trial in juvenile justice. – 6. Alternatives to court process and conviction. Prohibited criminal punishments in child justice system. – 7. Pre-trial and post-trial deprivation of liberty. – 8. Children recruitment by criminal organizations or terrorist groups. – 9. Organization of child justice system and training of professionals. – 10. The importance of research, data collection and evaluation.

1. Introduzione.

Il 18 settembre 2019, il Comitato dei Diritti del Fanciullo ha presentato le proprie Osservazioni generali sui diritti dei minori nel sistema giudiziario minorile¹, aggiornando le precedenti valutazioni, risalenti al 2007², e ponendo l'accento sugli sviluppi, sia positivi, sia negativi, che hanno interessato la materia.

Prima di entrare nel merito delle Osservazioni contenute nel documento in commento, è opportuno ricordare che il Comitato è stato istituito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989³, al precipuo scopo di vigilare sulla corretta attuazione della stessa da parte degli Stati che vi hanno aderito e di monitorare i relativi progressi⁴.

Come chiarito in apertura del documento, il Comitato delimita l'oggetto della propria analisi alle legislazioni concernenti il minore indagato, imputato o condannato per aver commesso un reato (par. 5), la cui posizione all'interno del sistema penale deve essere necessariamente differenziata rispetto a quella dell'adulto, in ragione del peculiare livello di sviluppo psicofisico dell'infradiciottenne, che determina, da un lato, una sua «*lesser culpability*» e, dall'altro, l'esigenza di adottare un approccio individualizzato («*a differentiated, individualized approach*»), il quale ne limiti al minimo il contatto con l'apparato giudiziario (par. 2).

Su un piano generale, le Osservazioni evidenziano, sin dal principio, come risulti possibile apprezzare i numerosi sforzi, condotti tanto a livello nazionale, quanto a livello sovranazionale⁵, finalizzati a delineare sistemi di giustizia minorile conformi a quanto stabilito dalla Convenzione del 1989.

¹ Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 24 (2019) on children's rights in the child justice system*, 18 settembre 2019, in allegato.

² Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10 (2007) on children's right in juvenile justice*, 25 aprile 2007, in www.un.org.

³ La Convenzione sui diritti del fanciullo è stata ratificata dall'Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, in *G.U.*, Serie Generale, 11 giugno 1991, n. 135, Suppl. Ordinario n. 35. Per approfondire il tema della disciplina internazionale a tutela dei minori autori di reato, v. S. Buzzelli, *La disciplina sovranazionale*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, 2019, pp. 1 ss.; E. Zanetti, *Panorama internazionale e spunti comparatistici in tema di responsabilità penale del minore*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minore*, Giappichelli, 2016, pp. 49 ss.

⁴ Cfr. artt. 43-45 della Convenzione sui diritti del fanciullo.

⁵ Con riferimento al contesto europeo, si ricorda la direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in *G.U.U.E.*, 21 maggio 2016, L 132, p. 1. Il termine di recepimento della direttiva da parte degli Stati membri è scaduto l'11 giugno 2019. Non sono vincolati dalla direttiva il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca (v. considerando n. 69 e n. 70). In argomento, v., volendo, L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2016, pp. 4572 ss.; S. Civiello Conigliaro, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2016; G. Sambuco, *Verso l'attuazione del giusto processo per i minori*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2016, p. 1; F. Manfredini, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2016, pp. 15 ss.

Tuttavia, viene parimenti rilevato che l'esigenza di tutela della pubblica sicurezza ha determinato l'insorgenza di un contrasto tra alcune normative statali e gli obblighi derivanti dalla fonte internazionale, in particolare con riferimento alla tendenza all'abbassamento del limite minimo di età per l'imputabilità del minore e ad un eccessivo ricorso a misure limitative della libertà personale (par. 4).

2. La prevenzione della commissione di reati da parte di minorenni. Gli interventi nei confronti dei minori non imputabili.

Il Comitato sottolinea l'importanza per gli Stati Parte della Convenzione di New York di sviluppare efficaci strategie di intervento, volte alla prevenzione della commissione di reati da parte dei minori. I programmi funzionali ad evitare l'ingresso degli infradiciottenni nel sistema giudiziario dovrebbero coinvolgere tutti i diversi contesti sociali al cui interno si sviluppa la personalità dei minori, quali la famiglia, la scuola e la comunità di appartenenza (par. 9).

In considerazione del fondamentale ruolo che la Convenzione riconosce ai genitori nell'educazione dei figli, particolare enfasi è posta sulla necessità di garantire un adeguato supporto alle famiglie, soprattutto a quelle che si trovano in condizioni di vulnerabilità e a quelle interessate da fenomeni di violenza. In tal senso, le Osservazioni evidenziano come un adeguato piano di prevenzione della criminalità minorile debba prevedere interventi di assistenza familiare, che si estrinsechino, ad esempio, in programmi di visita a domicilio per migliorare la capacità genitoriale e l'interazione tra i genitori e il minore (par. 10).

Altrettanta attenzione è dedicata ai minori che hanno commesso un fatto qualificato come illecito penale, ma che non hanno raggiunto il limite di età necessario per essere considerati imputabili: si raccomanda un tempestivo inserimento di tali soggetti all'interno di programmi di intervento, che vengano adattati e personalizzati in funzione delle specifiche esigenze del singolo minore e che consentano, salvi casi eccezionali, il mantenimento del minore all'interno del proprio contesto socio-familiare (par. 11).

Viene, infine, evidenziato come un significativo contributo per favorire l'estraneità del minore rispetto al sistema penale derivi da una politica di depenalizzazione, che abbia ad oggetto, da un lato, gli illeciti caratterizzati da un basso tasso di offensività e, dall'altro, i c.d. *status offences*, cioè quei fatti qualificati come reati dall'ordinamento giuridico solo ove commessi da minorenni (par. 12)⁶.

3. Gli interventi nei confronti del minore imputabile.

Le Osservazioni del Comitato si concentrano, altresì, sugli istituti di *diversion*, che le legislazioni nazionali dovrebbero contemplare ai sensi dell'art. 40, c. 3, lett. b), della Convenzione⁷, precisando l'opportunità di garantirne l'accesso al minore fin dai primi contatti con il sistema penale, nonché di ampliarne l'ambito di applicazione, estendendolo anche alle più gravi fattispecie delittuose.

⁶ Ci si riferisce, ad esempio, alla criminalizzazione dei minori vittime di sfruttamento sessuale, ovvero dei minori che compiono atti sessuali consensuali (par. 12).

⁷ L'art. 40, c. 3, lett. b), della Convenzione di New York sancisce che gli Stati si sforzano «di adottare provvedimenti ogni qualvolta ciò sia possibile e auspicabile per trattare questi fanciulli senza ricorrere a procedure giudiziarie rimanendo tuttavia inteso che i diritti dell'uomo e le garanzie legali debbono essere integralmente rispettate».

Pur ribadendo che le strategie fondate sulla deviazione dall'ordinario percorso procedimentale dovrebbero rappresentare la via preferenziale, il Comitato si premura di chiarire che il ricorso a tali misure non può comportare un arretramento sul piano del rispetto dei diritti fondamentali e delle garanzie difensive del minore (parr. 14 e 16).

Più nel dettaglio, il ricorso agli istituti di *diversion* dovrebbe essere limitato ai casi in cui la responsabilità penale del minore sia desumibile da un significativo compendio probatorio e il minore stesso l'abbia liberamente e volontariamente ammessa, ferma restando l'esclusione della possibilità di utilizzare tale ammissione in un successivo procedimento.

È posto, inoltre, l'accento sulla volontà del minore: l'accesso allo strumento di diversione dovrebbe, infatti, essere subordinato al suo consenso, il quale deve essere reso consapevolmente in seguito ad una adeguata informazione sulla natura, sul contenuto e sulla durata della misura, nonché sulle conseguenze derivanti dall'eventuale esito negativo della procedura.

Il Comitato precisa, poi, che i casi e i presupposti per l'accesso del minore agli istituti di *diversion* dovrebbero essere disciplinati dalla legge e che le relative decisioni dovrebbero essere sottoposte al controllo di un'autorità giurisdizionale. Inoltre, anche nel contesto della *diversion* deve essere assicurata al minore un'adeguata assistenza legale ed affettiva, che garantisca l'effettività del diritto di chiedere il riesame della misura.

Quanto all'esecuzione di tali misure, viene evidenziato che esse non dovrebbero mai contemplare la privazione della libertà personale del minore e che gli operatori che vi sono coinvolti dovrebbero essere adeguatamente formati. Infine, il positivo esito della procedura dovrebbe condurre ad una definitiva chiusura del procedimento a carico del minore, con un provvedimento che non dovrebbe risultare all'interno del casellario giudiziale (par. 18).

4. Età e responsabilità penale del minore.

Come già anticipato, uno dei principali profili su cui si soffermano le Osservazioni del Comitato Onu concerne il limite di età rilevante ai fini dell'imputabilità del minore (parr. 20 e seguenti).

Le criticità emergenti in tale ambito derivano dal fatto che l'art. 40, c. 3, lett. a), della Convenzione si limita a demandare agli Stati l'individuazione della «età minima al di sotto della quale si presume che i fanciulli non abbiano la capacità di commettere reato», senza però indicare una precisa prescrizione sul punto.

Le Osservazioni generali del Comitato incidono su tale aspetto, fornendo significative indicazioni agli Stati Parte della Convenzione. Anzitutto, viene stabilito che, per poter ritenere sussistente la responsabilità penale del minore, è necessario che egli abbia raggiunto l'età minima per l'imputabilità al momento della commissione del fatto, a nulla rilevando il successivo momento di avvio del procedimento penale⁸.

⁸ Cfr. par. 20: «The Committee reminds States parties that the relevant age is the age at the time of the commission of the offence» («il Comitato ricorda agli Stati parti che l'età rilevante è quella sussistente al momento della commissione del reato»). Nella normativa nazionale, se l'autore del reato è minorenne al momento del fatto penalmente rilevante, opera, come è noto, la competenza esclusiva, ultrattiva ed inderogabile, attribuita *ratione aetatis* al Tribunale per i minorenni (art. 3 D.P.R. 448/1988) con la conseguente applicazione delle peculiari regole previste per il procedimento minorile (contenute nel D.P.R. 448/1988). Suscita, invece, preoccupazioni la disposizione della direttiva europea 2016/800/UE, secondo cui le garanzie in essa contemplate trovano applicazione

In secondo luogo, il Comitato evidenzia la propria preoccupazione derivante da una diffusa tendenza all'arretramento di tale soglia verso limiti di età inaccettabilmente bassi, in presenza dei quali – secondo studi neurologici – dovrebbe essere esclusa la capacità di intendere e di volere.

Conseguentemente, gli Stati sono invitati a tenere in considerazione le più recenti evidenze scientifiche e ad elevare, quindi, la soglia minima di imputabilità, la quale non dovrebbe mai scendere al di sotto del quattordicesimo anno di età⁹.

A tal riguardo, è ulteriormente precisato che «*adolescent brains continue to mature even beyond the teenage years, affecting certain kinds of decision-making. Therefore, the Committee commends States parties that have a higher minimum age, for instance 15 or 16 years of age, and urges States parties not to reduce the minimum age of criminal responsibility under any circumstances, in accordance with article 41 of the Convention*»¹⁰ (par. 22).

Si sottolinea, inoltre, l'importanza di prevedere un'unica soglia di età rilevante e si stigmatizza fermamente la prassi che ne contempla una variazione in ragione della gravità del crimine commesso dal minore: si tratta, infatti, di un approccio privo di alcun fondamento scientifico, che si limita a rispondere a pressioni sociali (par. 25).

Quanto alle modalità di accertamento dell'età, il Comitato prevede che questa debba essere verificata, in primo luogo, alla luce di ricerche documentali, nonché sulla base delle dichiarazioni dei genitori, di altri soggetti che abbiano avuto rapporti con il minore e di quelle del minore stesso. Solo in ultima istanza, qualora tali elementi non risultino risolutivi, si potrà procedere alla determinazione dell'età attraverso una valutazione concernente lo sviluppo psicofisico del minore; l'ultima *ratio* è, infine, rappresentata dallo svolgimento di un esame medico, da effettuarsi nel pieno rispetto dei diritti, dell'integrità fisica e della dignità umana. Nell'ipotesi in cui, all'esito dei citati accertamenti, permangano dubbi, si presume che il minore abbia un'età inferiore a quella necessaria per essere considerato penalmente responsabile (parr. 33 e 34)¹¹.

nei confronti dei soggetti che sono minorenni al momento in cui vengono sottoposti al procedimento penale (in qualità di indagati, imputati o ricercati in esecuzione di un mandato di arresto europeo), non essendo sufficiente la minore età al *dies* di commissione del reato (art. 2). Secondo l'atto europeo, le prerogative riconosciute ai minorenni "possono" essere estese a coloro che, dopo l'avvio del procedimento, sono successivamente diventati maggiorenni, (soltanto) se «l'applicazione della presente direttiva, o di talune sue disposizioni, risulta appropriata alla luce di tutte le circostanze del caso, incluse la maturità e la vulnerabilità della persona interessata» (art. 2, par. 3). Si precisa, peraltro, che gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva «al compimento del ventesimo anno di età dell'interessato». È opportuno richiamare, a tal riguardo, anche il considerando n. 21, secondo cui «gli Stati membri sono incoraggiati ad applicare le garanzie procedurali previste dalla presente direttiva fino al compimento dei 21 anni, almeno per quanto riguarda i reati commessi dal medesimo indagato o imputato e che sono oggetto di indagini e azioni penali congiunte, in quanto indissociabili dai procedimenti penali che sono stati avviati nei suoi confronti prima che compisse 18 anni».

⁹ A tal proposito, si osserva che, nel nostro Paese, è stata recentemente presentata (in data 7 febbraio 2019) la Proposta di legge n. 1580, intitolata "Modifiche al codice penale e alle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, in materia di imputabilità dei minori e di pene applicabili a essi nel caso di partecipazione ad associazione mafiosa" (v. *Atti parlamentari, Camera dei deputati, XVIII legislatura, Disegni di legge*), con la quale si intende modificare la disciplina vigente, abbassando l'età «ufficiale» della responsabilità penale a dodici anni, quale «risposta alla constatata capacità criminale, ampiamente desumibile dalle cronache giudiziarie, cioè la commissione di gravi reati contro la persona e contro il patrimonio, da parte di soggetti infra-quattordicenni». Su questo progetto di riforma, v. G. Berlucci, L. Camaldo, A. Cerasa, A. Lucchelli, A. Maggolini, F. Martelli, A. Rudelli, C. Saottini, C. Scivoletto, P. Strata, M. Tantalò, *Abbassare a dodici anni la soglia la soglia dell'imputabilità? Uno scambio di opinioni in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge*, in *questa rivista*, 6 novembre 2019.

¹⁰ «La maturazione del cervello dei minorenni prosegue anche oltre la fase adolescenziale, influenzando alcune tipologie di processi decisionali. Pertanto, il Comitato elogia gli Stati parti che hanno individuato una più elevata soglia minima di imputabilità (che si assesta, ad esempio, ai quindici o sedici anni di età) e li sollecita a non ridurla, nel rispetto dell'art. 41 della Convenzione» (par. 22). In argomento, cfr. S. Arcieri, *Quando il cervello è "maturo"?*, in *questa rivista*, 6 novembre 2019.

¹¹ Tali indicazioni sono, peraltro, conformi alle previsioni contenute nella direttiva europea 2016/800/UE (v., in particolare, considerando n. 13 e art. 3), nonché, per quanto riguarda la disciplina nazionale, all'art. 8 D.P.R. 448/1988. Sul delicato tema relativo agli accertamenti sull'età dell'imputato, v. C. Rizzo, *Accertamenti sull'età e la personalità del minore nel procedimento penale*,

Un'analoga presunzione di favore si applica anche qualora il dubbio concerna il raggiungimento o meno della maggiore età al momento della commissione del fatto di reato.

L'ambito di applicazione del sistema di giustizia minorile dovrebbe essere esteso a tutti i soggetti di età inferiore ai diciotto anni, senza alcuna discriminazione fondata, ad esempio, sulla gravità dell'illecito per cui si procede (par. 30). Inoltre, è raccomandata l'estensione del sistema minorile anche ai soggetti che raggiungano la maggiore età nelle more del procedimento penale, ovvero nel corso dell'esecuzione della pena: una simile sopravvenienza non dovrebbe, infatti, comportare né l'interruzione del ricorso ad una misura di *diversion*, né la collocazione del minore all'interno di un istituto penitenziario per adulti (parr. 31 e 35).

Un'ultima indicazione è dedicata alla connessione: in primo luogo, il Comitato raccomanda l'applicazione delle previsioni di giustizia minorile ai casi in cui più reati sono stati commessi da una stessa persona, alcuni prima e altri dopo il compimento del diciottesimo anno di età (par. 36); in secondo luogo, le medesime disposizioni dovrebbero essere applicate al minore anche quando egli abbia commesso l'illecito penale in concorso con uno o più adulti, a prescindere dalla circostanza che i procedimenti siano trattati congiuntamente o separatamente (par. 37)¹².

5. Le garanzie dell'equo processo minorile.

L'art. 40, c. 2, della Convenzione di New York reca un nutrito elenco di diritti e principi fondamentali – tra i quali si ricordano, a mero titolo esemplificativo, il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole, la ragionevole durata del processo, la presunzione di innocenza, il diritto ad essere sentiti e ad esaminare i testimoni a carico¹³ – il cui rispetto deve essere garantito al minore coinvolto in un procedimento penale, anche attraverso una corretta e continua formazione a carattere interdisciplinare destinata ai magistrati, ai difensori, agli ufficiali di polizia e agli operatori sociali (par. 39).

In tale contesto, il Comitato sofferma la propria analisi su alcune garanzie, che necessitano di essere adeguatamente declinate all'interno del sistema di giustizia minorile, in ragione delle peculiarità che caratterizzano l'indagato-imputato minorenni rispetto all'adulto.

In primo luogo, viene sottolineato come l'effettiva partecipazione del minore all'intera dinamica procedimentale debba essere assicurata attraverso un adeguato supporto fornito dai diversi operatori della giustizia minorile, i quali devono garantire che il minore comprenda le accuse che sono mosse a suo carico, le possibili strategie difensive a sua disposizione, le conseguenze derivanti dall'instaurazione del processo penale, il significato delle attività

Giuffrè, 2007; nonché, volendo, L. Camaldo, *Gli accertamenti sull'età e sulla personalità: aspetti processuali*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minorenni*, Giappichelli, 2016, pp. 73 ss.

¹² A tal riguardo, è opportuno ricordare che, secondo la legislazione italiana, la competenza del Tribunale per i minorenni è "esclusiva" poiché al giudice minorile è attribuita la cognizione di tutti i reati commessi da un soggetto minorenni al momento del fatto; "ultrattiva" perché il procedimento penale resta radicato nella sede minorile anche se l'indagato o l'imputato dovesse divenire maggiorenne nel corso del procedimento; "inderogabile" in quanto, ai sensi dell'art. 14 c.p.p. e in attuazione della direttiva di cui all'art. 3, lett. a), della l.d. 81/1987, è esclusa la connessione tra procedimenti relativi a reati commessi da imputati maggiorenni e procedimenti concernenti imputati minorenni al momento del fatto, nonché tra procedimenti per reati commessi dallo stesso imputato prima e dopo il raggiungimento della maggiore età. In questi termini, cfr. C. Rizzo, *Accertamenti sull'età e la personalità*, cit., pp. 1 ss.

¹³ La Sezione D delle Osservazioni Generali (intitolata «*Guarantees for a fair trial*») richiama in modo dettagliato i principali diritti dei minori in ambito processuale penale.

processuali, nonché il contenuto e le ragioni delle decisioni assunte dall'organo giurisdizionale (par. 46)¹⁴.

È, altresì, evidenziata la necessità che il minore benefici dell'assistenza legale fin dalle prime fasi del procedimento e per il suo intero corso, senza alcuna eccezione, non potendosi ammettere che soggetti vulnerabili, quali gli infradiciottenni, siano destinatari di un sistema di garanzie deteriore rispetto a quello assicurato agli adulti, ai sensi dell'art. 14, c. 3, lett. d), del Patto internazionale sui diritti civili e politici¹⁵.

La perentorietà di tale affermazione viene, tuttavia, parzialmente ridisegnata: si ammette, infatti, sia la possibilità che il minore rinunci all'assistenza di un difensore, purché tale rinuncia «*is made voluntarily and under impartial judicial supervision*» (par. 51), sia la possibilità che l'assistenza di un legale venga sostituita da una «*other appropriate assistance*»¹⁶ (par. 52), fornita da soggetti specializzati, qualora il minore sia inserito in un percorso di *diversion* o in altro programma, che non comporti la privazione della libertà personale, che non si risolva nella sua condanna e che non risulti dal certificato del casellario giudiziale.

Altrettanto imprescindibile è considerata l'assistenza affettiva e psicologica garantita dal costante affiancamento del minore da parte dell'esercente la responsabilità genitoriale¹⁷, la cui possibile esclusione nel corso del procedimento dovrebbe essere valutata unicamente alla luce dei «*child's best interests*» (par. 56)¹⁸.

¹⁴ Come è noto, in ambito nazionale, l'art. 1 D.P.R. 448/1988, prevede che «il giudice illustra all'imputato il significato delle attività processuali che si svolgono in sua presenza nonché il contenuto e le ragioni anche etico-sociali delle decisioni».

¹⁵ Nell'ambito dell'Unione europea, la rilevanza dell'assistenza difensiva per i minori coinvolti in un procedimento penale è ribadita sia dalla direttiva 2016/800/UE (v., in particolare, art. 6), sia dalla direttiva 2013/48/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari, in *G.U.U.E.*, 6 novembre 2013, L 294. Si rileva, inoltre, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ripetutamente sottolineato l'importanza che il minore sia assistito da un difensore fin dall'inizio del procedimento e durante gli interrogatori di polizia, facendo con ciò intendere che una rinuncia a tale diritto potrebbe comportare rischi significativi.

¹⁶ Le legislazioni nazionali non dovrebbero consentire che il minore rinunci all'assistenza del difensore, a meno che tale scelta sia stata «assunta volontariamente e sotto il controllo di un organo giurisdizionale imparziale» (par. 51). Se i minori vengono inseriti in programmi che non comportano la condanna, l'iscrizione nel casellario giudiziale ovvero la privazione della libertà personale, una «diversa assistenza appropriata» fornita da parte di professionisti formati può rappresentare una forma di assistenza adeguata (par. 52).

¹⁷ In aggiunta all'assistenza difensiva, il legislatore europeo ha previsto il diritto del minore di essere «accompagnato» nell'esperienza, spesso traumatica, di un procedimento penale, dal titolare della responsabilità genitoriale (art. 15 della direttiva 2016/800/UE). La normativa interna prevede, come è noto, l'intervento dei genitori del minore nell'ambito del procedimento penale, sotto un duplice profilo. Da un lato, l'art. 12 D.P.R. n. 448/1988 attribuisce ai genitori, ancorché non esercenti la responsabilità genitoriale, il compito di assicurare l'assistenza affettiva e psicologica al minore in ogni stato e grado del procedimento. In caso di impossibilità o incapacità da parte dei genitori, che sono ritenuti astrattamente idonei per una presunzione di stretta vicinanza al minore, tale tipo di assistenza può essere prestata da altra persona indicata dal minore e ammessa dalla autorità giudiziaria. Il pubblico ministero e il giudice possono, tuttavia, procedere al compimento di atti, per i quali è richiesta la partecipazione del minore, senza la presenza di tali soggetti, (soltanto) nell'interesse del minore o quando sussistono inderogabili esigenze processuali. In ogni caso, al minore è sempre assicurata l'assistenza dei servizi minorili (v. art. 12 in relazione all'art. 6 D.P.R. 448/1988). Un ruolo processuale più pregnante e specifico, con funzione integrativa della difesa del minore, è attribuito all'esercente la responsabilità genitoriale. A tal riguardo, oltre ad alcune previsioni specifiche (v. artt. 18, c. 1; 20, c. 1; 27, c. 2; 30, c. 2; 31, cc. 3 e 4; 33, c. 4; 38, c. 1; 40, c. 2; 41, c. 1, D.P.R. n. 448/1988), l'art. 7 D.P.R. 448/1988 prevede che l'informazione di garanzia e il decreto di fissazione di (ogni) udienza devono essere notificati, a pena di nullità, anche all'esercente la responsabilità genitoriale. La mancata comparizione di questi, senza legittimo impedimento, all'udienza preliminare o al dibattimento, attribuisce al giudice la possibilità di applicare una sanzione pecuniaria (artt. 31, c. 4, e 33, c. 4, D.P.R. n. 448/1988). Infine, è opportuno ricordare che l'esercente la responsabilità genitoriale, anche senza avere diritto alla notificazione del provvedimento, può proporre l'impugnazione che spetta all'imputato minore (art. 34 D.P.R. n. 448/1988).

¹⁸ La Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo, proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1959, ha introdotto il principio del «*best interest of the child*» (superiore interesse del minore), ripreso successivamente anche dalla Convenzione di New York del 1989. Sul tema, cfr. E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, 2016.

Un'adeguata assistenza legale e affettiva risulta fondamentale anche per garantire l'effettivo rispetto del diritto al silenzio e del privilegio contro l'autoincriminazione: gli Stati devono, infatti, assicurare che il minore non venga costretto a rendere dichiarazioni autoaccusatorie, *in primis* attraverso una corretta formazione delle autorità investigative. Tale rischio potrebbe verificarsi in una pluralità di circostanze, non riconducibili solamente alla sottoposizione del minore ad atti di violenza fisica o di pressione psicologica, ma configurabili, ad esempio, all'esito di interrogatori di lunga durata, ovvero a causa di «*lack of understanding and fear of unknown consequences, including a suggested possibility of imprisonment*» (par. 59)¹⁹.

In considerazione delle peculiarità della condizione minorile, l'organo giurisdizionale deputato a valutare la volontarietà e l'affidabilità dell'ammissione di responsabilità dovrebbe tenere conto di diversi fattori, quali l'età e la maturità del minore, la durata dell'interrogatorio o della custodia e l'assistenza legale, psicologica e affettiva che gli è stata garantita (par. 60).

Un ultimo profilo di notevole rilevanza, in quanto intrinsecamente connesso con la necessità di evitare rischi di stigmatizzazione del minore e di favorirne il reinserimento sociale, è quello attinente al diritto alla riservatezza (parr. 66-71).

Viene, in particolare, raccomandato lo svolgimento a porte chiuse del processo, nonché il divieto di pubblicazione delle generalità del minore e degli atti del procedimento, i quali «*should be kept strictly confidential and closed to third parties except for those directly involved in the investigation and adjudication of, and the ruling on, the case*» (par. 67)²⁰.

Nella medesima logica si colloca, infine, la raccomandazione di prevedere la rimozione dal casellario giudiziario delle decisioni riguardanti i minorenni, una volta che il soggetto abbia raggiunto la maggiore età (par. 71).

6. Le alternative al processo penale e alla condanna. Le pene vietate per i minorenni.

Come già anticipato, il Comitato si sofferma, in modo particolare, sull'opportunità che ciascun ordinamento s'impegno a elaborare nuove modalità procedurali, affinché si eviti, ove possibile, la sottoposizione del minore ad un processo penale "in senso formale" o una condanna.

A tal riguardo si rileva, infatti, che: «*the decision to bring a child into the justice system does not mean the child must go through a formal court process [...] the competent authorities – in most States the public prosecutor – should continuously explore the possibilities of avoiding a court process or conviction, through diversion and other measures*» (par. 72)²¹.

Le forme di *diversion*, a cui si è fatto riferimento anche precedentemente (v., *supra*, § 3), dovrebbero essere offerte al minore dal primo contatto con l'apparato giudiziario, prima dell'inizio di un processo, ed essere disponibili durante tutto il corso del procedimento. Anche nell'ambito delle forme di diversione, i diritti umani e le garanzie difensive del minore devono

¹⁹ Il rischio di false ammissioni di colpevolezza è aumentato da alcuni fattori, quali «la mancanza di comprensione e il timore di conseguenze sconosciute, inclusa una paventata possibilità di incarcerazione» (par. 59).

²⁰ Il diritto alla riservatezza significa anche che gli atti del procedimento e le iscrizioni relative ai minori «dovrebbero rimanere strettamente confidenziali e non dovrebbero essere accessibili ai terzi, ad eccezione dei soggetti direttamente coinvolti nelle indagini e nel giudizio» (par. 67).

²¹ «La decisione di inserire il minore all'interno del sistema giudiziario non comporta che egli debba necessariamente essere sottoposto ad un procedimento penale [...] le autorità competenti – nella maggior parte degli Stati il pubblico ministero – dovrebbero, infatti, costantemente valutare la possibilità di evitare il ricorso al procedimento penale o alla condanna, attraverso l'attivazione di misure di *diversion* o di altri strumenti alternativi» (par. 72).

essere pienamente rispettati, tenendo presente che la natura e la durata di dette misure possono essere impegnative e che, pertanto, è necessaria l'assistenza legale o altra assistenza adeguata. La diversione dovrebbe essere presentata al minore come un modo per sospendere il processo giudiziario formale, che verrà interrotto se il programma rieducativo sarà concluso in modo soddisfacente²².

Posto che il processo penale minorile deve presentarsi diversificato e adatto all'età evolutiva, anche le conseguenze di esso devono subire il medesimo adattamento. La reazione dello Stato alla commissione di un reato deve essere sempre proporzionata, non solo alla gravità e alle circostanze fattuali, ma anche alle caratteristiche personali dell'autore di reato: «*age, lesser culpability, circumstances and needs, including, if appropriate, the mental health needs of the child*» (par. 76)²³.

Un approccio strettamente punitivo non risulta, infatti, conforme ai principi della giustizia minorile, sanciti all'art. 40 della Convenzione di New York, che impongono a ciascuno Stato di assicurare «a ogni fanciullo sospettato, accusato o riconosciuto colpevole di reato, il diritto a un trattamento tale da favorire il senso della dignità e del valore personale, che rafforzi il suo rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali e che tenga conto della sua età, nonché della necessità di facilitare il suo reinserimento nella società, conferendogli un ruolo costruttivo in seno a quest'ultima».

Pertanto, ciascun ordinamento, in occasione della commissione di gravi reati da parte di minori, dovrebbe attribuire maggiore rilevanza al *best interest of the child*, favorendo il reinserimento sociale dell'autore di reato. Al fine di perseguire tale scopo, il Comitato raccomanda che gli Stati prevedano limiti edittali di pena contenuti, in relazione al principio, previsto dall'art. 37, lett. b), della Convenzione, del «*shortest appropriate period of time*» (la durata più breve possibile), contemplando la pena detentiva unicamente come *extrema ratio* (par. 78).

Ciascun ordinamento statale dovrebbe, inoltre, prevedere un'ampia gamma di misure non detentive²⁴ e riservare un importante spazio alla mediazione penale e alla giustizia riparativa²⁵.

Da escludersi, certamente, sono le pene che implicano la sottoposizione della persona a trattamenti inumani e degradanti, ovvero i lavori forzati oppure, ancora, l'impiego della tortura.

²² Sul punto, l'ordinamento italiano è già pienamente conforme, prevedendosi l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova, con la conseguente estinzione del reato in caso di esito positivo (cfr. artt. 28 e 29 D.P.R. 448/1988). Il fondamento costituzionale della messa alla prova minorile è rinvenibile nell'art. 31, c. 2, Cost., che impone alla Repubblica di farsi carico degli obblighi di protezione e promozione dei minorenni «favorendo gli istituti necessari a tale scopo», nonché nel finalismo rieducativo della pena di cui all'art. 27, c. 3, Cost. In giurisprudenza, l'istituto in commento è stato definito «una misura innovativa, che ha valore aggiunto rispetto sia al perdono giudiziale, sia all'improcedibilità per irrilevanza del fatto», in quanto prescinde dai precedenti penali, «ostativi all'applicazione del perdono giudiziale, e dalla tenuità del reato e dall'occasionalità del comportamento delittuoso, che sono richieste, invece, per la pronuncia d'improcedibilità per irrilevanza del fatto» (cfr. Cass., Sez. V, 29 luglio 1997 (ud. 7 aprile 1997), n. 1600, in *CED Cass.*, n. 208249). Sul tema della sospensione del processo con messa alla prova, v. C. Cesari, *Le strategie di diversione*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, cit., pp. 218 ss.; M. Colamussi, *La messa alla prova*, Cedam, 2010; E. Sylos Labini, *Nuove prospettive nelle alternative al processo penale: la messa alla prova e la particolare tenuità del fatto*, Aracne, 2017.

²³ La reazione dello Stato alla commissione di un reato deve essere proporzionata alle caratteristiche personali dell'autore del reato («età, minor colpevolezza, circostanze e bisogni, compresi, ove opportuno, quelli attinenti alla salute mentale del minore») (par. 76).

²⁴ A questo proposito, l'art. 11 della direttiva 2016/800/UE prescrive che, ogniquale volta sia possibile, è sempre opportuno adottare «misure alternative» alla detenzione, quali il divieto di frequentare determinati luoghi o persone, l'obbligo di presentarsi presso le autorità competenti e la partecipazione a programmi rieducativi (v. anche considerando n. 46). Con riferimento all'Italia, si ricorda che sono state recentemente disciplinate, con il d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, le «misure penali di comunità».

²⁵ In ambito nazionale, v. G. Mannozi, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003; G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017; Id., *Giustizia riparativa: ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015; nonché G. Albanese, *La mediazione nel procedimento penale minorile tra normativa e prassi*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2019, pp. 370 ss.

Le pene corporali rappresenterebbero, infatti, una violazione dell'art. 37, lett. a), della Convenzione di New York, che impone agli Stati di vigilare affinché «nessun fanciullo sia sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Né la pena capitale, né l'imprigionamento a vita senza possibilità di rilascio devono essere applicati per reati commessi da persone di età inferiore a diciotto anni».

All'interno del divieto di sottoposizione del minore a pene contrarie al senso di umanità, è pertanto necessario ricomprendere la pena di morte. La particolare protezione del minore nei confronti di questa sanzione è garantita dall'art. 37 sopra citato, il quale ha recepito il divieto, sancito dal diritto internazionale consuetudinario, di sottoporre un soggetto di età inferiore ai diciotto anni alla pena capitale. Pertanto, il Comitato invita gli ultimi Stati, che ancora non hanno abolito la pena di morte, a provvedervi con urgenza e senza eccezioni: tale sanzione, inflitta a un soggetto minorenne al momento della commissione del fatto, dovrebbe essere commutata in una pena conforme alla Convenzione (parr. 79 e 80).

Allo stesso modo, viene raccomandata l'esclusione dell'ergastolo, a maggior ragione se non accompagnato dalla possibilità di accedere all'istituto della liberazione condizionale, in quanto contrastante con la funzione rieducativa della pena²⁶. Il Comitato incoraggia i restanti Stati, le cui legislazioni ancora contemplano la sanzione detentiva perpetua, a provvedere sul punto, abrogando non solo l'ergastolo, ma anche l'istituto della pena a tempo indeterminato, per tutti i reati commessi da persone minori degli anni diciotto al momento del fatto (par. 81).

7. La privazione della libertà personale del minore nella fase *pre-trial* e in quella *post-trial*.

Il Comitato ribadisce l'importanza che gli Stati intendano ogni misura detentiva nei confronti dei minori come soluzione di ultima istanza («*a measure of last resort*»), potendovi ricorrere soltanto in un ristretto numero di casi²⁷. Sul punto, vengono fornite alcune linee guida utili agli Stati per limitare le situazioni in cui applicare provvedimenti limitativi della libertà personale di un minore.

In primo luogo, la detenzione di un minore deve applicarsi in conformità alle disposizioni di legge e per il periodo più breve possibile («*for the shortest appropriate period of time*»). Di conseguenza, nessun minore può essere privato della libertà arbitrariamente o nei casi non previsti dalla legge.

L'arresto, spesso, è il punto di avvio, a cui segue l'applicazione della custodia cautelare: pertanto, anche in tale occasione, devono trovare applicazione i principi dettati dall'art. 37 della Convenzione. In particolare, al momento dell'arresto, è opportuno che i minori non siano

²⁶ Come è noto, per quanto concerne il nostro Paese, la pena dell'ergastolo non è più applicabile nei confronti dei minorenni, a seguito della declaratoria di incostituzionalità degli artt. 17 e 22 c.p., in riferimento agli artt. 10, c. 1, 27, c. 3, e 31, c. 2, Cost., ad opera della Corte costituzionale, intervenuta sulla questione con sentenza del 28 aprile 1994, n. 167.

²⁷ In modo analogo, la direttiva 2016/800/UE stabilisce che la privazione della libertà personale del minore deve costituire l'*extrema ratio* e nel disporla è necessario tenere in considerazione l'età, la situazione personale del minore e le circostanze particolari del caso, limitandola comunque «al più breve periodo possibile» (art. 10). Si precisa, inoltre, che il provvedimento con cui si limita la libertà deve essere motivato e soggetto a controllo giurisdizionale, nonché sottoposto a una verifica periodica, a intervalli di tempo ragionevoli, da parte di un giudice o tribunale, su iniziativa d'ufficio o su richiesta del minore, del suo difensore o di un'autorità giudiziaria diversa da un giudice o tribunale. Nell'ordinamento nazionale è prevista una disciplina autonoma e speciale delle misure precautelari e cautelari, che possono essere adottate nei confronti dei minori autori di reato (v. Capo II del D.P.R. 448/1988, intitolato «Provvedimenti in materia di libertà personale»). A tal riguardo, v. G. Di Chiara, *La disciplina della libertà personale*, in E. Zappalà (a cura di), *La giurisprudenza specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, 2019, pp. 125 ss.

trattenuti per periodi di tempo eccessivi²⁸ e che non debbano condividere i medesimi spazi con agli adulti, salvo che, eccezionalmente, ciò sia disposto nel loro superiore interesse. La priorità deve comunque essere quella di favorire il ricorso a meccanismi rapidi di rilascio tramite la “consegna” del minore ai genitori o ad altri adulti in grado di prendersene cura (par. 85).

La custodia cautelare in carcere, che deve rappresentare l'*extrema ratio* anche nei processi nei confronti degli adulti, a *fortiori* deve essere applicata ad un minorenne solo nei casi più gravi, ma anche in tali situazioni non deve escludersi a priori il collocamento in comunità.

La legge dovrebbe consentire il ricorso alla custodia preventiva in carcere soltanto quando il minore rappresenti un immediato pericolo (per sé stesso o per gli altri) e prevedere una revisione periodica, nonché limiti di età al di sotto dei quali non è comunque consentita la carcerazione in sede cautelare (ad es. sotto i 16 anni) (par. 87).

Inoltre, in ossequio al principio secondo cui la privazione della libertà personale dovrebbe essere imposta per il periodo di tempo più breve possibile, gli Stati dovrebbero consentire la scarcerazione anticipata, ovvero altre misure in sostituzione della permanenza in carcere. Tra queste non deve essere contemplato il pagamento di una cauzione in denaro, non solo poiché la maggior parte dei minori non dispone di proprie risorse economiche, ma anche perché tale istituto si risolve in una discriminazione a danno delle famiglie meno facoltose. Inoltre, qualora l'autorità giudiziaria disponga la liberazione su cauzione, «*it means that there is a recognition in principle by the court that the child should be released, and other mechanisms can be used to secure attendance*» (par. 88)²⁹.

Per quanto attiene al trattamento dei minori privati della libertà, la normativa di ciascuno Stato dovrebbe contemplare apposite strutture in cui tali soggetti possano essere condotti per l'esecuzione della misura cautelare o della pena, in modo da evitare ogni contatto con indagati e imputati maggiorenni, in quanto tali relazioni potrebbero produrre effetti criminogeni, salvi i casi in cui la separazione possa pregiudicare il superiore interesse del minore (par. 92)³⁰.

La regola, secondo cui il minore deve essere collocato in strutture detentive diverse rispetto a quelle dei maggiorenni, non significa che, automaticamente, al compimento dei diciotto anni il detenuto debba essere trasferito in strutture per adulti³¹. La continuazione della permanenza nel medesimo istituto deve, infatti, essere consentita, se ciò è nell'interesse superiore del soggetto e se non contrasta con le esigenze degli altri detenuti minorenni presenti nella struttura penitenziaria.

Nel periodo in cui il minore è privato della libertà personale, sia nella fase *pre-trial* che in quella *post-trial*, è opportuno che possa conservare i rapporti con i propri familiari, attraverso la corrispondenza e le visite. Pertanto, al fine di facilitare questi contatti, il minore dovrebbe essere collocato nell'istituto penitenziario più vicino possibile al luogo di residenza della famiglia (par. 94).

²⁸ Il Comitato rileva con preoccupazione che, in molti paesi, i minori rimangono in stato di detenzione preventiva per mesi o addirittura anni, il che costituisce una grave violazione dell'art. 37, lett. b), della Convenzione (par. 86).

²⁹ Laddove venga fissata una cauzione, «significa che il Tribunale riconosce, in linea di principio, che il minore dovrebbe essere rilasciato; pertanto, potrebbe farsi ricorso a strumenti diversi per assicurare la sua partecipazione al procedimento» (par. 88).

³⁰ Secondo la direttiva 2016/800/UE, il minore detenuto, oppure che si trovi in stato di fermo o di arresto, ha diritto ad un “trattamento specifico” (art. 12), dovendo essere tenuto separato dagli adulti, salvo che ciò sia contrario al suo interesse superiore, ovvero che, con riferimento alle misure precautelari, la detenzione separata non sia in concreto possibile per circostanze eccezionali, purché il minore sia ristretto insieme agli adulti in maniera compatibile con il suo *best interest*.

³¹ La legislazione nazionale prevede che il minore possa rimanere negli istituti penali minorili (I.P.M.) fino al compimento del venticinquesimo anno di età (v. art. 24 d.lgs. 272/1989).

È necessario, inoltre, che nelle strutture appositamente dedicate ai minori operi personale adeguatamente formato, che sappia affrontare, nel modo migliore, le problematiche legate all'età evolutiva.

Infine, i detenuti minorenni dovrebbero disporre di attività idonee a garantire il loro corretto sviluppo fisico e psichico, oltre che perseguire il supremo obiettivo della risocializzazione. A tal fine, le strutture dovrebbero mettere a loro disposizione ambienti che favoriscano le attività di istruzione, nonché l'esercizio fisico e attività ricreative e artistiche, in modo che venga correttamente perseguita la finalità (ri)educativa della pena (par. 95).

8. Il reclutamento dei minori da parte di organizzazioni criminali o di gruppi terroristici.

Il Comitato Onu si occupa anche di alcune situazioni particolari, quali il reclutamento e l'utilizzo di minori da parte di gruppi armati non statali, compresi quelli definiti come gruppi terroristici. Nell'ambito di tali organizzazioni criminali, i minorenni possono diventare vittime di molteplici tipologie di reato («*such as conscription; military training; being used in hostilities and/or terrorist acts, including suicide attacks; being forced to carry out executions; being used as human shields; abduction; sale; trafficking; sexual exploitation; child marriage; being used for the transport or sale of drugs; or being exploited to carry out dangerous tasks, such as spying, conducting surveillance, guarding checkpoints, conducting patrols or transporting military equipment*»)³² e possono essere costretti a compiere atti di violenza contro le proprie famiglie o all'interno delle proprie comunità per dimostrare lealtà ai *leaders* e scoraggiare future defezioni (par. 98).

In presenza di siffatte ipotesi, alcuni Stati hanno adottato un approccio punitivo senza alcuna considerazione per i diritti del minore, determinando conseguenze durature per il suo sviluppo e un impatto negativo sulle sue opportunità di reinserimento, con gravi ricadute negative anche per la società.

Il Comitato, richiamando la risoluzione del Consiglio di sicurezza Onu n. 2427 del 2018³³, evidenzia la necessità di stabilire procedure operative *standard* per la rapida consegna dei minori coinvolti in tali organizzazioni criminali – compresi quelli che abbiano commesso atti di terrorismo – a specifici organismi di protezione: tali soggetti devono, infatti, essere considerati, in primo luogo, vittime di violazioni del diritto internazionale. Nei loro confronti è, quindi, preferibile il ricorso a misure incentrate sul reinserimento sociale, alternative all'azione penale e alla detenzione (par. 100).

9. L'organizzazione della giustizia penale minorile e la formazione degli operatori.

Per garantire la piena attuazione dei principi e dei diritti esposti in precedenza, è necessario che ciascuno Stato istituisca un'organizzazione efficace per l'amministrazione della

³² Qualora siano sottoposti al controllo di gruppi terroristici, i minori potrebbero diventare vittime di diversi illeciti, «quali: reclutamento; addestramento militare; essere utilizzati in conflitti o atti terroristici, inclusi attacchi suicidi; essere costretti a eseguire esecuzioni; essere utilizzati come scudi umani; sequestro di persona; tratta di esseri umani; sfruttamento sessuale; essere costretti a contrarre matrimonio; essere utilizzati per il trasporto o la vendita di sostanze stupefacenti; essere sfruttati per il compimento di attività pericolose, come spionaggio, sorveglianza, controllo di posti di blocco, guidare pattuglie o trasportare equipaggiamento militare» (par. 98).

³³ Security Council, *Resolution 2427 (2018)*, 9 luglio 2018, in www.childrenandarmedconflict.un.org.

giustizia minorile, la quale sia in grado di assicurare «una valutazione individuale della personalità del minore con un approccio multidisciplinare» («*individual assessments of children and a multidisciplinary approach are encouraged*») (parr. 105 e 109)³⁴.

Anzitutto, si richiede la specializzazione di quanti operano in questo contesto, particolarmente delicato: essa deve riguardare tutti i soggetti che intervengono nelle diverse fasi del procedimento, a partire dalla polizia giudiziaria – la quale, spesso, è il primo organo del sistema giudiziario con cui il minore entra in contatto – fino ai pubblici ministeri, ai giudici e anche ai difensori, che assistono i minori nel corso della vicenda penale (parr. 106 e 107)³⁵.

Dovrebbero, inoltre, essere realizzate strutture specializzate, come, ad esempio, centri di trattamento diurno e, se necessario, strutture su piccola scala per l'assistenza residenziale e il trattamento dei minori, le quali dovrebbero operare in continua sinergia con gli ulteriori servizi del territorio.

Infine, si deve considerare che i minori che commettono reati sono spesso oggetto di pubblicità negativa da parte dei *mass media*. Questo fenomeno contribuisce a creare stereotipi discriminatori nei loro confronti, potendo altresì determinare un effetto criminogeno³⁶.

È, quindi, importante estendere la tutela del minore anche a questo aspetto: in particolare, risulterebbe utile la formazione e la specializzazione, non solo dei protagonisti della giustizia penale minorile, ma altresì degli operatori dell'informazione, al fine di rendere un servizio migliore anche alla collettività (par. 111).

³⁴ Anche la direttiva europea 2016/800/UE contiene una disposizione specifica dedicata alla “valutazione individuale” dell’indagato o imputato minorenne, nel corso del procedimento penale (art. 7): tale valutazione individuale «tiene conto, in particolare, della personalità e maturità del minore, della sua situazione economica, sociale e familiare, nonché di eventuali vulnerabilità specifiche del minore», e deve essere effettuata «nella prima fase appropriata del procedimento e, di regola, prima dell’imputazione», con la diretta partecipazione del minore e deve essere condotta da personale qualificato, con un approccio per quanto possibile multidisciplinare e, ove opportuno, con il coinvolgimento del titolare della responsabilità genitoriale, o di un altro adulto idoneo, nonché di un professionista specializzato. L’indagine deve essere aggiornata durante il corso del procedimento penale, qualora mutino, in misura sostanziale, gli elementi su cui essa si fonda. Con riferimento alla normativa interna, è opportuno richiamare l’art. 9 D.P.R. 448/1988 («Accertamenti sulla personalità del minorenne»). In argomento, v. C. Rizzo, *Accertamenti sull’età e la personalità*, cit., pp. 187 ss.; D. Vigoni, *sub art. 9 d.p.r. 448/1988*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsoa, 2017, pp. 1179; V. Patané, *sub art. 9*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile – Commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, 2016, pp. 133 ss.; Ead., *Indagine personologica e inchiesta “sociale” sul minorenne*, in C. Cesari (a cura di), *Minorenne fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, 2008, p. 178; L. Camaldo, *Gli accertamenti sull’età e sulla personalità*, cit., pp. 73 ss.; C. De Luca, *Gli accertamenti sulla personalità dell’autore di reato minorenne e il divieto di perizia psicologica nel rito ordinario: riflessioni e nuove prospettive*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2018, pp. 2140 ss.

³⁵ La specializzazione di tutti gli operatori della giustizia penale minorile è prevista anche dall’art. 20 della direttiva europea 2016/800/UE, che prevede la formazione specializzata dei giudici e dei magistrati inquirenti, che si occupano di procedimenti penali riguardanti minori, i quali devono acquisire una competenza e una preparazione specifica in tale settore, così come il personale delle autorità di contrasto e delle strutture di detenzione. Tale formazione, di livello appropriato al tipo di contatto che questi soggetti intrattengono con i minori, deve riguardare i diritti del minore, le tecniche adeguate di interrogatorio, la psicologia minorile e le modalità di comunicazione in un linguaggio adattato al minore. L’offerta di una formazione specifica dovrebbe essere rivolta anche ai difensori che assistono gli autori di reato minorenni. Va, inoltre, sostenuta e finanziata la formazione di organizzazioni che sostengono i minori, nonché degli operatori che offrono servizi di assistenza e di giustizia riparativa. È opportuno rilevare che nell’ambito dei principi fondamentali del procedimento penale minorile, disciplinato dalla normativa nazionale, un ruolo di particolare importanza assume quello della specializzazione, che informa la struttura degli organi giudiziari che operano in tale settore. Così M. Bargis, *Organi e soggetti pubblici*, in Ead. (a cura di), *Procedura penale minorile*, cit., p. 49, la quale rileva che l’esigenza di specializzazione, risalente, quanto al Tribunale per i minorenni, all’art. 2 r.d.l. 1404/1934, «è stata implementata dalla riforma del processo penale a carico dei minorenni, dove è assurta a canone informatore dell’intero complesso degli organi giudiziari minorili». Si ricorda, in particolare, che il difensore (d’ufficio) del minore deve possedere una specifica preparazione nel diritto minorile, che si acquisisce soltanto con lo svolgimento (non saltuariamente) della professione forense davanti alle autorità giudiziarie minorili, ovvero con la partecipazione a corsi di perfezionamento e aggiornamento per avvocati nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell’età evolutiva (cfr. art. 11 D.P.R. n. 448/1988 e art. 15 d.lgs. n. 272/1989).

³⁶ A salvaguardia della personalità del minore, in Italia, vige uno specifico divieto di pubblicazione e di divulgazione di notizie o immagini, idonee a consentire l’identificazione del minorenne, comunque coinvolto nel procedimento penale (art. 13 D.P.R. 448/1988). Su questo tema, v., più diffusamente, L. Camaldo, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2006, pp. 4207 ss.

10. L'importanza della ricerca, raccolta e valutazione dei dati.

Nell'ultima parte del documento in esame, il Comitato Onu sollecita gli Stati che hanno sottoscritto la Convenzione a raccogliere sistematicamente dati disaggregati, con specifico riferimento al numero e alla natura dei reati commessi da minori, al ricorso e alla durata media della detenzione preventiva, al numero di minori che hanno avuto accesso a misure di *diversion*, al numero di condannati e alla tipologia delle sanzioni imposte, nonché al numero di minori privati della libertà (par. 113).

Infine, sulla base dei dati raccolti, si raccomanda agli Stati di garantire valutazioni periodiche dei loro sistemi di giustizia minorile – preferibilmente condotte da istituzioni accademiche indipendenti – che diano conto dell'efficacia delle misure adottate anche in relazione a questioni come la discriminazione, il reinserimento e le fattispecie di reato perpetrate dai minori. È importante che i minorenni stessi siano coinvolti in queste ricerche, in particolare quelli che sono sottoposti a un procedimento penale o che hanno precedentemente avuto contatti con il sistema giudiziario, dovendosi ovviamente operare in conformità con le linee guida internazionali sulla protezione della *privacy* dei minori in attività di raccolta di dati personali (parr. 114 e 115).

Bibliografia.

G. Albanese, *La mediazione nel procedimento penale minorile tra normativa e prassi*, in *Cass. pen.*, n. 1, 2019, pp. 370 ss.

S. Arcieri, [Quando il cervello è "maturo"?](#), in *questa rivista*, 6 novembre 2019.

M. Bargis, *Organi e soggetti pubblici*, in Ead. (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, 2019, p. 49.

S. Buzzelli, *La disciplina sovranazionale*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, 2019, pp. 1 ss.

L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2016, pp. 4572 ss.

L. Camaldo, *Gli accertamenti sull'età e sulla personalità: aspetti processuali*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minorenne*, Giappichelli, 2016, pp. 73 ss.

L. Camaldo, *Limiti alla pubblicazione di notizie e immagini dei minorenni coinvolti nel processo penale*, in *Cass. pen.*, n. 12, 2006, pp. 4207 ss.

C. Cesari, *Le strategie di diversion*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, Giappichelli, 2019, pp. 218 ss.

S. Civiello Conigliaro, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2016.

M. Colamussi, *La messa alla prova*, Cedam, 2010.

C. De Luca, *Gli accertamenti sulla personalità dell'autore di reato minorenni e il divieto di perizia psicologica nel rito ordinario: riflessioni e nuove prospettive*, in *Cass. pen.*, n. 6, 2018, pp. 2140 ss.

G. Di Chiara, *La disciplina della libertà personale*, in E. Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, 2019, pp. 125 ss.

G. Berlucchi, L. Camaldo, A. Cerasa, A. Lucchelli, A. Maggiolini, F. Martelli, A. Rudelli, C. Saottini, C. Scivoletto, P. Strata, M. Tantalò, [Abbassare a dodici anni la soglia la soglia dell'imputabilità? Uno scambio di opinioni in tema di imputabilità minorile alla luce della recente proposta di legge](#), in *questa rivista*, 6 novembre 2019.

F. Manfredini, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 6, 2016, pp. 15 ss.

G. Mannozi, *La giustizia senza spada: uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, 2003.

G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Giustizia riparativa: ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015.

G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *La giustizia riparativa: formanti, parole e metodi*, Giappichelli, 2017.

C. Rizzo, *Accertamenti sull'età e la personalità del minore nel procedimento penale*, Giuffrè, 2007.

G. Sambuco, *Verso l'attuazione del giusto processo per i minori*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2016, p. 1
E. Sylos Labini, *Nuove prospettive nelle alternative al processo penale: la messa alla prova e la particolare tenuità del fatto*, Aracne, 2017.

V. Patané, *Indagine personologica e inchiesta "sociale" sul minorenni*, in C. Cesari (a cura di), *Minorenni fonte di prova nel processo penale*, Giuffrè, 2008, pp. 178 ss.

V. Patané, *sub art. 9*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile – Commento al D.P.R. 448/1988*, Giuffrè, 2016, pp. 133 ss.

D. Vigoni, *sub art. 9 d.p.r. 448/1988*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Ipsosa, 2017, pp. 1179 ss.

E. Zanetti, *Panorama internazionale e spunti comparatistici in tema di responsabilità penale del minore*, in D. Vigoni (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minorenni*, Giappichelli, 2016, pp. 49 ss.

Riflessione

— Avviso ai naviganti!

C'è una nuova bussola per arrivare davanti alla Corte Costituzionale: la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 29460/2019. Alcune riflessioni

Notice to mariners!

There is a new compass to get to the Constitutional Court: the sentence of the Joined Chambers of the Court of Cassation 29460/2019. Some reflections

di Paolo Oddi

Abstract. L'obiettivo di queste note è spiegare come e perché la sentenza 29460/2019 della Cassazione a Sezioni Unite possa essere un formidabile strumento per gli avvocati immigrazionisti chiamati a tutelare i diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

Abstract. The purpose of these notes is to explain how and why the ruling 29460/2019 of the Supreme Court in United Sections can be a formidable tool for immigrant lawyers called to protect the fundamental rights of asylum seekers.

SOMMARIO: 1. L'abrogazione del riferimento agli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano» sulla cui base veniva rilasciato il permesso di soggiorno per motivi umanitari. – 2. La protezione umanitaria espressione del diritto di asilo costituzionale? – 3. La portata dell'abrogata protezione umanitaria. Integrazione sociale, condizioni di vulnerabilità e compromissione dei diritti umani fondamentali in caso di rimpatrio: la necessità di una “valutazione comparativa” (sentenza Cassazione, sez. 1 civ., 4455/2018). – 4. Il regime transitorio dopo l'entrata in vigore del d.l. sicurezza. – 5. La sentenza 29460/2019 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite: una “cassetta per gli attrezzi”. – 5.1. La novella è irretroattiva. – 5.2. Come va interpretata la “vecchia” protezione umanitaria ancora concedibile a chi ha formalizzato la domanda prima del 5 ottobre 2018? – 5.3. Natura costituzionale del diritto alla protezione umanitaria. Che succederà ai richiedenti protezione post 5 ottobre 2018? Eccezioni di incostituzionalità e cause per l'asilo costituzionale.

SUMMARY: 1. The repeal of the reference to the «constitutional and international obligations of the Italian State» that lay behind the issue of the residence permit for humanitarian reasons. – 2. Humanitarian protection as an expression of the right to constitutional asylum? – 3. The extent of the repealed humanitarian protection. Social integration, vulnerable conditions and fundamental human rights' impairment in case of repatriation: the need for a “comparative assessment” (judgement by Court of Cassation, sect. 1 civ., 4455/2018). – 4. The transitional regime after the entry into force of the

security d.l. – 5. The judgment of the Joined Chambers of the Court of Cassation 29460/2019: a “toolbox”. – 5.1. The legislative change is non-retroactive. – 5.2. How should the “old” humanitarian protection still be granted to those who formalized the application before October 5, 2018? – 5. 3. Constitutional nature of the right to humanitarian protection. What will happen to applicants for protection after October 5, 2018? Questions of constitutionality and causes for the constitutional asylum.

*«Bisogna farsi viaggiatori per decifrare i motivi
che hanno spinto tanti a partire e tanti altri ad andare incontro alla morte.
Sedersi per terra intorno a un fuoco
e ascoltare le storie di chi ha voglia di raccontarle,
come hanno fatto altri viaggiatori fin dalla notte dei tempi».*

Alessandro Leogrande¹

1. L’abrogazione del riferimento agli «obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano» sulla cui base veniva rilasciato il permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 (c.d. decreto sicurezza)², poi convertito con modificazioni nella l. 1 dicembre 2018³, assecondando una *vulgata* sull’abuso di una protezione⁴, e cioè della c.d. protezione umanitaria, interviene a gamba tesa abrogandola. Per meglio dire: abrogando ogni riferimento contenuto nel testo unico immigrazione (T.U.I.) al permesso di soggiorno per motivi umanitari (art. 5, c. 6) e da tutte le altre disposizioni normative e regolamentari, in particolare dall’art. 32, c. 3, del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25⁵, secondo il quale la Commissione territoriale nei casi in cui non accoglie la domanda di protezione internazionale ma ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario trasmette gli atti al questore per il rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell’art. 5, comma 6, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286⁶.

Il legislatore della novella del 2018 riteneva tale protezione dai contorni incerti, così lasciando «[...] ampi margini ad una interpretazione estensiva in contrasto con il fine di tutela temporanea di esigenze di carattere umanitario per il quale l’istituto è stato introdotto nell’ordinamento»⁷.

¹ A. Leogrande, *La frontiera*, Feltrinelli Editore, 2017.

² Recante Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

³ Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate.

⁴ L’argomento è stato molto cavalcato dalle forze politiche di centro destra e dalla Lega nel corso della campagna elettorale della primavera 2018. Cfr. A. Gagliardi, *Migranti, in crescita i permessi di soggiorno per protezione umanitaria*, in *ilsolo24.com*, 10 aprile 2018.

⁵ Attuazione della direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato.

⁶ Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (testo unico immigrazione – T.U.I.).

⁷ Cfr. sentenza in commento, p. 4, che richiama la Relazione di accompagnamento del decreto, p. 3.

La vera ragione dell'intervento era per porre freno al (ritenuto) aumento del numero di coloro che beneficiavano della protezione umanitaria a confronto con il resto dei paesi europei dove tale protezione (si sosteneva) non esiste⁸. Implicitamente si riteneva che l'esistenza di una tale protezione costituisca un c.d. "pull factor" (cioè un fattore di attrazione) per i profughi.

Ancora prima dell'abrogazione il Ministero dell'interno si era affrettato – con circolare 4 luglio 2018⁹ – a invitare le Commissioni territoriali (di nuova e fresca nomina) a ridurre sostanzialmente il riconoscimento dei "gravi motivi di carattere umanitario" sulla base di una «necessaria rigorosità dell'esame delle circostanze di vulnerabilità degne di tutela che, ovviamente, non possono essere riconducibili a mere e generiche condizioni di difficoltà».

Con il d.l. 113/2018, intervenuto il successivo 4 ottobre, il legislatore, nell'optare per l'abrogazione dei riferimenti alla protezione umanitaria, introduce nuove ipotesi di titoli di soggiorno che, a suo avviso, devono sostituire il catalogo "aperto" della "vecchia" protezione umanitaria (restringendone nei fatti drasticamente la portata) e cioè il permesso di soggiorno per calamità naturale (nuovo art. 20-bis T.U.I.), il permesso di soggiorno per atti di particolare valore civile (nuovo art. 42-bis T.U.I.) e il permesso di soggiorno per cure mediche (nuova lettera d-bis) dell'art. 19, c. 2, T.U.I. Queste nuove tipologie di permessi di soggiorno si vanno a sommare ai restanti titoli riconducibili a esigenze umanitarie (a favore delle vittime di violenza domestica, art. 18 bis, T.U.I.; delle vittime di sfruttamento lavorativo, art. 22, c. 12 quater, T.U.I.; dei permessi in favore dei minori, artt. 28, lett. a-b d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394¹⁰ e 31 T.U.I.). Accanto a queste ipotesi viene introdotta la nuova forma di protezione, c.d. speciale, da riconoscersi da parte delle Commissioni territoriali (che trasmettono gli atti al questore per il relativo permesso) qualora non accolgano la domanda di protezione internazionale, ma comunque sussistano i presupposti previsti dall'art. 19, commi 1 e 1.1. T.U.I. (divieto di espulsione, espressione del divieto di *refoulement*). Il permesso per protezione speciale ha la durata di un anno ed è rinnovabile, previo parere della competente Commissione territoriale, ma non consente la conversione in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

2. La protezione umanitaria è espressione del diritto di asilo costituzionale?

Molte le preoccupazioni per la scelta di abrogazione della protezione umanitaria, espressione del diritto di asilo costituzionale, previsto dall'art. 10, comma 3, della nostra carta, del quale si attende la completa attuazione da settant'anni.

La dottrina ha spesso messo in evidenza che sebbene sia necessario dare completa attuazione al diritto di asilo costituzionale esso ha comunque natura di diritto soggettivo¹¹. Si è correttamente sostenuto che le protezioni c.d. maggiori – *status* di rifugiato politico ai sensi della

⁸ Tale protezione è presente, con altri nomi, anche in altri paesi europei, come in Slovacchia. Sul tema cfr. *Cos'è la "protezione umanitaria"*, in *ilpost.it*, 25 settembre 2018. Secondo la sentenza in commento «la scelta italiana di garantire una terza forma di tutela complementare alle due protezioni maggiori riconosciute dal diritto unionale trova d'altronde legittimazione – anche – nel sistema europeo: la direttiva n. 2008/115/CE (c.d. direttiva sui rimpatri) stabilisce (art. 6, par. 4) che "in qualsiasi momento gli Stati membri possono decidere di rilasciare per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura un permesso di soggiorno autonomo o di un'altra autorizzazione che conferisca il diritto di soggiornare a un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare [...]» (p. 15).

⁹ Ministero dell'interno, *circolare n. prot. 0008819 del 4 luglio 2018, avente per oggetto "il riconoscimento della protezione internazionale e la tutela umanitaria"*. Cfr. anche *Cos'è la protezione umanitaria e perché Salvini vuole ridurne l'uso*, in *Internazionale.it*, 10 luglio 2018.

¹⁰ *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*.

¹¹ Cfr. P. Bonetti, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, 2004, pp. 1136 ss.

Convenzione di Ginevra del 1951 e protezione sussidiaria introdotta nel 2011 dal diritto dell'Unione europea – non esaurivano in Italia la gamma di protezioni discendenti direttamente dalla norma costituzionale, avente una portata più ampia in quanto afferma che «lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Anche la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, prima della sentenza in commento, si è espressa in tal senso, con la fondamentale pronuncia n. 4674/97, dove si afferma il carattere «precoattivo e la conseguente immediata operatività della disposizione costituzionale», la quale «fa sorgere in capo allo straniero il diritto d'asilo individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata»¹².

Da ultimo altre sentenze di Cassazione hanno stabilito che il diritto d'asilo *ex art. 10*, comma 3, Costituzione è oggi «interamente attuato e regolato attraverso la previsione delle situazioni finali previste nei tre istituti di protezione ad opera della esaustiva normativa di cui al d.lgs.251/2007 (adottato in attuazione della direttiva 2004/83/CE) e dell'art. 5, comma 6, del TU approvato con d.lgs. 286/98, sì che non si scorge alcun margine di residuale diretta applicazione della norma costituzionale»¹³.

Tuttavia in assenza di una precisa definizione di protezione umanitaria a livello normativo – ma solo di un generico riferimento agli «obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano» (contenuto nell'art. 5, c. 6, d.lgs. 286/98) – inevitabilmente la sua declinazione concreta era, ed è, riservata al giurista.

Interprete massimo delle sopra richiamate preoccupazioni è stato il Presidente della Repubblica che con messaggio del 4 ottobre 2018, rivolto al Presidente del Consiglio, così si è espresso: «Signor Presidente, in data odierna ho emanato il decreto legge recante: “*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*”. Al riguardo avverto l'obbligo di sottolineare che, in materia, come affermato nella Relazione di accompagnamento al decreto, restano “fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato”, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»¹⁴. Anche il Parere sul decreto-legge c.d. “sicurezza” dell'Associazione Nazionale Magistrati in merito al diritto di asilo costituzionale si esprime in una tale direzione¹⁵.

¹² Cass. civ., 26 maggio 1997, n. 4674.

¹³ Cfr. sentenze Cass. civ., sez. I, n. 10686/2012, n. 16362/2016, n. 28015/2017.

¹⁴ Cfr. *Decreto sicurezza, Mattarella firma e scrive a Conte: “sui migranti rispettare la Costituzione”*, in *ilsole24ore.com*, 4 ottobre 2018.

¹⁵ Cfr., *Parere sul decreto legge 113 del 4 ottobre 2018 in materia di protezione internazionale, immigrazione e pubblica sicurezza*, sul sito *web* del CSM, 21 novembre 2018.

3. La portata della protezione umanitaria prima della sua abrogazione. Integrazione sociale, condizioni di vulnerabilità e compromissione dei diritti umani fondamentali in caso di rimpatrio: la necessità di una “valutazione comparativa” (sentenza Cassazione, sez. 1 civ., 4455/2018).

Con riferimento alla portata della “vecchia umanitaria” il poderoso dibattito in seno alla giurisprudenza si è concentrato sulla questione circa quanto possa ritenersi rilevante al fine della sua concessione l’integrazione sociale del richiedente asilo. Molte le oscillazioni dei tribunali e, soprattutto, delle corti d’appello su quanto l’integrazione sociale del richiedente protezione, soprattutto nei casi di migranti che hanno trovato occupazione nelle more della definizione del procedimento di asilo, fosse rilevante ai fini della determinazione della vulnerabilità individuale sulla cui base concedere la protezione umanitaria¹⁶.

Sul punto ha segnato uno spartiacque la sentenza della Corte di Cassazione, sezione 1 civile, n. 4455/2018 (est. Acerno)¹⁷.

I giudici di legittimità hanno, qui, ridefinito i criteri interpretativi in materia di rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari affermando «in modo netto che l’integrazione sociale è uno dei motivi che concorrono a determinare la situazione di vulnerabilità rilevante ai fini del riconoscimento» di un tale permesso¹⁸.

Ma, continua la Corte, «il riconoscimento della protezione umanitaria [...] non può escludere l’esame specifico ed attuale della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese di origine, dovendosi fondare su una valutazione comparativa effettiva tra i due piani» (il primo è quello dell’integrazione sociale) «al fine di verificare se il rimpatrio possa determinare la privazione della titolarità e dell’esercizio dei diritti umani, al di sotto del nucleo ineliminabile, costitutivo dello statuto della dignità personale, in comparazione con la situazione d’integrazione raggiunta nel paese di accoglienza» (così sentenza).

Si pone in rilievo la necessità di bilanciare l’integrazione lavorativa, e più in generale sociale e familiare, raggiunta dal migrante in Italia con la privazione dei diritti fondamentali che un suo allontanamento verso il paese d’origine comporterebbe, anche con riferimento a condizioni di estrema povertà o ambientale o a motivi di salute. Tutti questi ultimi sono elementi che «possono utilmente nutrire la fattispecie aperta della protezione umanitaria» a condizione che essi «siano valutati in concreto, non essendo sufficiente dimostrare l’esistenza di condizioni di vita migliori nel paese d’accoglienza» dovendo «dimostrare che la persona che invoca la protezione umanitaria si sia allontanata “da una condizione di vulnerabilità effettiva, sotto il profilo specifico della violazione o dell’impedimento all’esercizio dei diritti umani inalienabili” ai quali sarebbe nuovamente esposta se la protezione non fosse riconosciuta e fosse così allontanata verso il paese d’origine (punto 5 della sentenza)»¹⁹.

¹⁶ Tra le tante sentenze della giurisprudenza di merito, si v. Corte d’Appello di Milano, Sezione delle persone, dei minori e della famiglia, n. 231/2018, pubblicata il 17/1/2018, R.G. n. 3395/2015, che evidenzia che nel caso di specie sussistono i presupposti per il rilascio al richiedente di un permesso di soggiorno per ragioni umanitarie in quanto «il rientro dell’appellante in Mali (...) esporrebbe lo stesso ad una situazione di rilevante vulnerabilità, sia per l’instabilità politica e sociale della zona di provenienza, sia per la perdita del lavoro in Italia e la mancanza in Bamako di un lavoro che gli consenta di provvedere al mantenimento della sua famiglia, dopo tanti anni di assenza dalla zona di provenienza». Per una completa disamina sulla protezione umanitaria si v. N. Zorzella, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, fasc. n. 1/2018, pp. 1 ss.

¹⁷ Cass. civ., sez. 1, 23/02/2018, (ud. 30/11/2017, dep. 23/02/2018), n. 4455.

¹⁸ Così si esprime sulla richiamata sentenza C. Favilli, *La protezione umanitaria per motivi di integrazione sociale. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Cassazione n. 4455/2018*, in *questionegiustizia.it*, 14 marzo 2018.

¹⁹ *Idem*, p. 2.

4. Il regime transitorio dopo l'entrata in vigore del d.l. sicurezza.

La novella prevede solo due norme espressamente riferibili al regime transitorio.

Secondo l'articolo 1, comma 8, del d.l. sicurezza, i "vecchi" permessi di soggiorno per motivi umanitari restano validi fino alla scadenza, salva la possibilità di conversione in altro titolo; ma una volta scaduti non potranno essere più rinnovati, ferma restando la possibilità di vedersi riconoscere il permesso per protezione speciale se sussistente un rischio di persecuzione o di tortura *ex art. 19*, commi 1 e 1.1 T.U.I.

Secondo il successivo comma 9, nelle situazioni per le quali le Commissioni territoriali abbiano già ritenuto la sussistenza di gravi motivi di carattere umanitario dovrà essere rilasciato un permesso di soggiorno "per casi speciali" della durata di due anni, convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro, alla scadenza del quale (se non convertito) si applicherà la disciplina prevista nell'ipotesi precedente (c. 8).

Dubbi interpretativi sono sorti, da subito, sui limiti di applicazione del d.l. 113/2018, in assenza di una deroga generale al principio d'irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi²⁰.

Nella pratica ci si è chiesti se la "vecchia" protezione umanitaria potesse essere ancora essere riconosciuta alle seguenti situazioni transitorie:

- a) a coloro che pur essendo giunti in Italia prima del 5 ottobre 2018 non avessero ancora formalizzato la domanda di protezione internazionale e, in subordine, di protezione umanitaria;
- b) a coloro che avessero formalizzato la domanda ma che non fossero ancora stati sentiti dalle Commissioni territoriali;
- c) a coloro che, denegati sul punto dalle Commissioni territoriali, avessero impugnato la decisione e fossero in corso di giudizio.

Si trattava, dunque, di molte situazioni ancora aperte, destinate a una totale incertezza giuridica, sebbene l'orientamento della parte preponderante della giurisprudenza di merito optasse già per l'irretroattività della novella.

Il contrasto tra l'orientamento dei giudici di legittimità che propendeva per l'irretroattività²¹ e quello di chi deponeva per la retroattività si è cristallizzato con l'ordinanza interlocutoria del 3 maggio 2019 n. 11750²², con la quale è stata sottoposta al Primo Presidente della Suprema Corte l'opportunità di demandare alle sezioni unite la cognizione sia della questione sul regime intertemporale applicabile sia della portata della "vecchia" umanitaria. Su tali nodi interpretativi sono così state interpellate le sezioni unite che si sono espresse con la sentenza 29460/2019.

²⁰ Cfr. documento degli Osservatori sulla giustizia civile, coordinamento nazionale 1 dicembre 2018, Bologna, *L'efficacia intertemporale dell'art. 1 D.L. 113/2018 convertito con L. 132/2018 in tema di protezione umanitaria*.

²¹ Orientamento decisamente maggioritario a partire dalla prima sentenza in tal senso, Cass. civ., sez. 1, n. 4890/2019 ([pubblicata in *questionegiustizia.it*](#), 19 febbraio 2019), ma si v. tutte quelle citate nella sentenza in commento a p. 7.

²² Il testo dell'ordinanza è disponibile [a questo link](#).

5. La sentenza 29460/2019 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite: una “cassetta per gli attrezzi”.

5.1. La novella è irretroattiva.

Si parte dalla constatazione che «quel che il divieto di irretroattività garantisce è il divieto di modificazione della rilevanza giuridica dei fatti che già si siano compiutamente verificati [...]» e che il procedimento volto al riconoscimento della protezione umanitaria «non indice affatto sull’insorgenza del diritto, che, se sussistente, è pieno e perfetto e nelle forme del procedimento è soltanto accertato [...]».

Ancora: «il diritto sorge quando si verifica la situazione di vulnerabilità quale sussumibile nella fattispecie allora vigente e irrilevante è che esso non comporti il riconoscimento di uno status, ma una protezione umanitaria»²³.

Per le sezioni unite «al momento della decisione devono sussistere i presupposti di fatto per l’accoglimento della domanda, ossia deve risultare la fondatezza di essa; **ma in virtù dell’irretroattività della novella, è salvaguardato il diritto che la rilevanza giuridica di tali fatti risponda alle norme previgenti**»²⁴.

Richiamando la consolidata giurisprudenza proprio delle sezioni unite i giudici ribadiscono che «la situazione giuridica soggettiva dello straniero nei confronti del quale sussistano i presupposti per il riconoscimento della protezione umanitaria **ha natura di diritto soggettivo, da annoverarsi tra i diritti umani fondamentali garantiti dagli artt. 2 Cost. e 3 della convenzione europea dei diritti dell’uomo**»²⁵.

Ciò premesso la sentenza chiarisce che è con la domanda in sede amministrativa «che il titolare del diritto esprime il bisogno di tutela» e che «benché il diritto d’asilo nasca quando il richiedente faccia ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità che mettano a repentaglio l’esercizio dei propri diritti fondamentali, è la **presentazione della domanda** che identifica e attrae il regime normativo della protezione per ragioni umanitarie da applicare»²⁶.

Se, dunque, è la presentazione della domanda a cristallizzare il diritto soggettivo da accertare, vengono così chiariti i dubbi se dovesse valere la compilazione del c.d. “modello C3” da parte del richiedente o l’atto di formalizzazione della domanda in Questura, circostanza quest’ultima che spesso non coincide con l’adempimento della compilazione di detto modello (che è spesso successivo al primo anche di molti mesi).

Altro importante chiarimento riguarda la possibilità di ritenere sussistenti i gravi motivi di carattere umanitario anche nei **casì in cui l’accertamento sia comunque *in itinere***. Per i giudici delle sezioni unite la risposta è affermativa e, dunque, anche qualora tali motivi siano riconosciuti dalle commissioni territoriali dopo l’entrata in vigore della novella o a seguito di giudizio – pendente o intrapreso dopo l’entrata in vigore della stessa e riguardante una domanda formalizzata prima del 5 ottobre 2018 –, dovrà applicarsi la norma transitoria di cui all’art. 1, comma 9, e quindi rilasciarsi un permesso di soggiorno “per casi speciali”.

²³ Sent. in commento, p. 11.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Idem*, pp. 16-17.

Cosa ne sarà allora delle decisioni delle commissioni territoriali *post* 5 ottobre 2018, in tutti quei casi di richiedenti che hanno formalizzato la domanda di protezione *pre* 5 ottobre ma che si sono visti respingere l'umanitaria perché ritenuta non più applicabile? **Mentre si attendono lumi dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo (in merito all'attuazione della sentenza in commento), bisognerà presentare richieste da indirizzarsi alle commissioni territoriali volte a promuovere un riesame in autotutela della decisione negativa sul punto del riconoscimento umanitaria negato.**

5.2. Come va interpretata la "vecchia" protezione umanitaria ancora concedibile a chi ha formalizzato la domanda prima del 5 ottobre 2018?

Qui le sezioni unite richiamano integralmente l'interpretazione maggioritaria espressa compiutamente dalla sentenza 4455/2019²⁷ e cioè che «in tema di protezione umanitaria, l'orizzontalità dei diritti umani fondamentali comporta che, ai fini del riconoscimento della protezione, occorre operare la valutazione comparativa della situazione soggettiva e oggettiva del richiedente con riferimento al paese d'origine, in raffronto alla situazione d'integrazione raggiunta nel paese d'accoglienza».

L'esatta portata di questa valutazione comparativa non si esaurirà ancora per diverso tempo e subirà ancora inevitabili oscillazioni stante l'evidente margine di interpretazione con riferimento al caso concreto.

*5.3. Natura costituzionale del diritto alla protezione umanitaria. Che succederà ai richiedenti protezione *post* 5 ottobre 2018? Eccezioni di incostituzionalità e cause per l'asilo costituzionale.*

L'interrogativo più forte si incentra sul **destino dei richiedenti *post* 5 ottobre 2018**, perché a una attenta lettura della sentenza delle sezioni unite si desumono importanti considerazioni che rilanciano la questione della possibile incostituzionalità dell'abrogazione dell'umanitaria.

Vanno messe in rilievo le seguenti affermazioni contenute nella sentenza in commento:

- **«tutte le protezioni sono quindi ascrivibili all'area dei diritti fondamentali**, sia quelle maggiori (ossia il riconoscimento dello *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria), sia quella, residuale e temporanea, per ragioni umanitarie (in termini, tra varie, Cass., sez. un., 12 dicembre 2018, n. 32177 e 11 dicembre 2018, nn. 32045 e 32044)²⁸;
- «se ne legge conferma, pure da ultimo, nella giurisprudenza costituzionale, secondo la quale la protezione umanitaria, insieme con la tutela dei rifugiati e la protezione sussidiaria, **attuа il diritto di asilo costituzionale ex art. 10, comma 3, Cost.** (Corte Cost. 24 luglio 2019, n. 194). **Il che vale anche per i nuovi istituti, l'interpretazione e l'applicazione dei quali devono rispettare la Costituzione e i vincoli internazionali**, nonostante l'intervenuta abrogazione dell'esplicito riferimento agli "obblighi costituzionali e internazionali dello Stato italiano" precedentemente contenuto nell'art. 5, comma 6, del t.u. immigrazione (così ancora Corte Cost. n. 194/19)²⁹;

²⁷ V. *supra*, par. 3.

²⁸ Sent. in commento, pp. 12-13.

²⁹ *Idem*, p. 13.

- «il diritto di asilo scaturisce direttamente dal precetto costituzionale e si colloca, come ha osservato sin da epoca risalente autorevole dottrina, in seno all'apertura amplissima della Costituzione verso i diritti fondamentali dell'uomo»³⁰.
- «il diritto d'asilo è quindi costruito come diritto della personalità, posto a presidio di interessi essenziali della persona e **non può recedere al cospetto dello straniero bisognoso di aiuto, che, allegando motivi umanitari, invochi il diritto di solidarietà sociale**: i diritti fondamentali dell'uomo spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto essere umani, sicché **la condizione giuridica dello straniero non può essere considerata ragione di trattamenti diversificati e peggiorativi** (Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105; 8 luglio 2010, n. 249)»³¹.

Da questo insieme di affermazioni sorge spontanea la seguente domanda: se le situazioni che prima rientravano nella “vecchia” umanitaria oggi risultano sprovviste di tutela – a meno di non voler tentare di farle ricomprendere nelle protezioni c.d. maggiori (*status* di rifugiato di titolare di protezione sussidiaria) o in quella c.d. speciale, forzandone evidentemente l'interpretazione – l'abrogazione dell'umanitaria determina un *vulnus* all'art. 10, comma 3, Costituzione. I richiamati argomenti delle sezioni unite depongono in questo senso.

D'altra parte la Corte Costituzionale, con la sentenza 194/2019³², sopra richiamata, nel rigettare il ricorso in via principale sollevato da alcune Regioni su alcuni profili del decreto legge 113/2019, al punto 7 in “diritto” non esclude l'incostituzionalità della nuova disciplina dei permessi di soggiorni introdotti al posto della “vecchia” umanitaria, se essa venisse adita in via incidentale.

La Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale, in questo proficuo dialogo, ci sollecitano dunque a sollevare eccezioni di incostituzionalità del d.l. sicurezza, nei termini sopra descritti, per dare massima tutela ai richiedenti protezione vulnerabili rimasti sprovvisti della garanzia dell'umanitaria.

Strada parallela – ma ugualmente importante – è quella di adire i tribunali ordinari chiedendo il riconoscimento diretto del diritto di asilo costituzionale, a tutela dei migranti vulnerabili colpiti dall'abrogazione dell'umanitaria, riprendendo la strada intrapresa tra la fine degli anni Novanta e i primi del nuovo secolo. Con ciò invocando la natura immediatamente precettiva dell'art. 10, c. 3, della Costituzione e mettendo in rilievo, caso per caso, l'effettivo impedimento di una specifica libertà democratica garantita dalla nostra carta ma conculcata, in concreto, a quella specifica persona migrante nel paese da cui è in fuga.

In conclusione ho qui indicato varie tutele compresenti dopo la sentenza in commento: l'estensione del regime temporale della “vecchia” protezione umanitaria, la possibilità di ripristinare la protezione umanitaria anche per chi è arrivato dopo il 5 ottobre tramite intervento della Corte Costituzionale ovvero quella di adire i tribunali per l'accertamento dei diritti di asilo costituzionale.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem*, pp. 13-14.

³² Corte Costituzionale, Giudizio di legittimità costituzionale in via principale; c.c. 18/6/2019; decisione 20/2/2019; deposito 24/7/2019.

Riflessione

— Il volto della violenza

di Jacob Bronowski

SOMMARIO: 1. L'animale alla porta della città. – 1.1. L'enigma della sfinge. – 1.2. Il tributo delle vergini. – 1.3. Il leone sui tetti. – 1.4. Il linguaggio segreto. – 2. Il re capro espiatorio. – 2.1. Il capro espiatorio. – 2.2. Il peccato dell'autorità. – 2.3. Il re per burla. – 2.4. Il buffone re. – 2.5. La corona di spine. – 2.6. La morte come spettacolo. – 3. L'opera del mendicante. – 3.1. La volpe romantica. – 3.2. Il picaro. – 3.3. Vagabondi e imbroglioni. – 3.4. Pirati e banditi. – 3.5. *The Beggar's Opera*. – 3.6. L'incendio di Newgate. – 4. Il racconto poliziesco. – 4.1. La nascita degli *slums*. – 4.2. Lontano da tutto. – 4.3. Questa è la legge. – 4.4. Il furfante eroe. – 4.5. Il racconto di *gangsters*. – 5. Il giallo diventa realtà. – 5.1. Lo sfruttamento di un sogno. – 5.2. *Konzert*. – 5.3. La punta di spillo della crudeltà. – 5.4. Il felice oltraggio. – 5.6. Disastro meccanico. – 5.7. Il mondo come congiura. – 6. Il grido. – 6.1. Il mondo-macchina. – 6.2. Che cosa divide gli uomini? – 6.3. Posizione e riconoscimento. – 6.4. Utopia alle corse. – 6.5. Il volto della violenza.

1. L'animale alla porta della città.

1.1. L'enigma della sfinge.

Che cos'è l'enigma della sfinge? Non intendo alludere alla domanda che essa presentò a Edipo, e che è simile a centinaia di altri enigmi proposti nelle veglie e nelle danze nuziali dalla Svezia agli altipiani indiani. Questi quesiti da asilo d'infanzia non hanno mai imbarazzato nessuno; e se la sfinge avesse voluto tener lontano Edipo dal grembo della madre, non avrebbe attinto con uno sbadiglio a questa riserva di chiassoso gioco rituale. No, l'enigma della sfinge è la stessa sfinge.

Da una parte all'altra dell'Asia Minore e dell'Assiria e lungo i viali dei templi in Egitto si trovano gli animali dall'alto petto con la testa di donna, e lo sguardo nel nulla. Su sigilli e gemme essi stanno accovacciati, indifferenti, o qua e là casualmente dilanano un uomo. C'è un simbolo, abbastanza evidente, in quel corpo, parte umano e parte animale, e talvolta munito di ali e di zanne. C'è un simbolo nella sua azione, benché essa non abbia che un'azione, l'omicidio.

La sfinge formulatrice di enigmi a Tebe era in agguato presso la porta della città. Forse attendeva coloro che vi giungevano in cerca di rifugio; forse fu così che avvenne l'incontro con Edipo. O forse gli uomini la sfidavano, cadendo nelle sue grinfie, quando voltavano le spalle alla sicurezza della città. La sfinge camminava sulle zampe di velluto, gli artigli insanguinati, sotto le mura della città-stato.

1.2. *Il tributo delle vergini.*

Le mura cittadine sono sempre state una delicata frontiera, poco più di un margine di personalità, contro l'allegro *caos* della natura. Remo scavalcò con un salto ridendo le mura di Roma, e il suo scherno continuò a risuonare nell'orecchio dei romani per mille anni dopo la sua morte. Perché al di là di ogni città antica si trovava una spelonca, e nella spelonca viveva un drago; la città, per vivere, doveva tenere a bada il drago conservandolo in vita. Questo tributo al drago della giungla sopravvive nel folclore di molte borgate in Europa. E il tributo era umano. Puntualmente nei giorni di scadenza trimestrale, o nelle altre date eventualmente fissate nel calendario locale per il pagamento dei canoni e del prezzo del silenzio, il sindaco conduceva fuori delle mura le sette vergini in bianco, grazie al cui sacrificio la città prorogava il suo contratto d'affitto con la natura.

Ma il drago non è una natura del tutto estranea; benché ostile, ha degli alleati nella città. Perciò un semplice esorcismo non poteva eliminarlo rendendo la terra sicura per le città-stato. San Giorgio non poté cacciare il suo drago col magico incantesimo per i serpenti che era quanto bastava a San Patrizio. Se San Giorgio fu veramente un Santo cristiano, il drago che egli combatté fu un rito più antico di sacrificio umano, ed esso pure un prodotto dell'uomo. Perché quando la città-stato trascina i suoi uomini alla morte, quando li spinge all'isterismo, la forza di spinta non viene interamente da oltre le mura. C'è anche negli uomini civili una natura animale, per cui la città si rende complice nell'assassinio delle vergini.

1.3. *Il leone sui tetti.*

La sfinge di Tebe appartiene a questo esercito di draghi civici. I greci compresero meglio di altri la natura del drago; incorporarono questa nella figura di quella. Ed essa non andò in cerca di preda nel verde né soffiò dalla bocca fiamme mefitiche. La sfinge non fa guerra apertamente all'uomo civile in nome della natura; ambivalente com'è, lo attira verso i fatali desideri a lui propri. È un animale domestico, nient'altro che un grosso gatto sopra il tetto. La sua natura è di essere semiumana.

Anche questo è usuale. Gli dei usciti dalla valle del Nilo sono raramente tutti d'un pezzo. E i greci sapevano che nessun uomo è tutto umano – o tutto bestia. Ma capire che anche il drago del mondo selvaggio in attesa di riconquistare le città-stato doveva essere in parte umano fu davvero un'intuizione geniale che era mancata ad altre leggende. I greci sapevano bene che il drago ha degli alleati nella città; non è da noi esser tutti virtù civica.

La sfinge di Tebe è il simbolo profondo delle forze sotterranee che minacciano le società degli uomini. La vita in mezzo al prossimo, la divisione del lavoro, le abitudini d'ordine, la volontà collettiva sono cose che mettono a dura prova i nervi degli uomini perché noi non siamo fatti per il modello-macchina degli insetti sociali. Infinitamente più antiche dell'uomo, certe formiche portarono a compimento la loro Utopia meccanica cinquanta milioni d'anni fa, e non hanno quasi cambiato un arto, e forse un movimento, da quel tempo ad oggi. L'ambra baltica ce

le mostra fisse nelle loro abitudini sociali allora come oggi, secondo il sesso e la casta, è intente a custodire le stesse vacche per la loro melata. Ma i mammiferi e l'uomo hanno continuato ad evolversi durante tutto quel tempo, lottando per essere qualcosa di diverso: per essere individui. Gli uomini hanno quindi il diritto di temere che la società possa snervarli. Peraltro nessun uomo ha mai dato il meglio di se stesso senza la cornice di una società coadiuvante, come quella delle città-stato greche o italiane. Ecco il dilemma dell'uomo e dello stato. L'impulso animale verso l'io, la giungla della natura, sempre in attesa di disgregare la sua città. Eppure quella forza, antisociale com'è, non è del tutto estranea o cattiva. L'animo che l'azione è colmo di desideri umani. I greci ricordavano che ogni animo, buono o cattivo che sia, prende vigore dal fatto di vivere nel nostro corpo animale.

1.4. Il linguaggio segreto.

Questo è un saggio sui motivi che portano degli uomini a provar piacere per atti che negano e possono distruggere le loro stesse società, come se ci fosse una segreta confraternita di tali uomini, imbrogliatori, rapinatori, giocatori di biliardino e tossicomani di varie specie, che sono stati sedotti dalla sfinge. L'enigma dell'esser uomo, che è quanto la sfinge propose (con una tiritera che un bimbo potrebbe indovinare), l'enigma dell'esser uomo sta sotto il loro linguaggio come l'incantesimo da ubriaco che portò in vita il meccanico Golem. Ognuno di essi protesta contro qualcosa nella società che lo costringe, e ognuno di essi vuole essere il tipo di uomo che più risponde ai suoi gusti; eppure ciascun atto di protesta è più banale, e ciascun complotto più uniforme, della società che essi vorrebbero disprezzare. In questi atti compulsivi, in questo isterismo ripetitivo, prende forma l'animale che è presso la porta della città. Qui esso dà sfogo a ciò che turba ciascuno di noi, il risentimento contro l'indifferenza del prossimo, il desiderio di esser potente, almeno una volta, di compiere qualcosa di fuori del normale. Noi tutti usiamo parlando frasi del gergo ladresco e del linguaggio gitano, perché il nostro tributo ad essi è che in segreto condividiamo i loro desideri.

Questa lotta nella carne viva della società è talvolta esplosa in una società degli antisociali. Si dice che Romolo abbia popolato Roma con dei pregiudicati e, naturalmente, l'Australia ha in parte usato la stessa fonte. Dopo la marcia di Mussolini su Roma, ci siamo resi conto che nella nostra epoca è sempre presente la minaccia che gli antisociali abbiano il sopravvento sulla società e la trasformino in una folle tirannide. La storia dell'antichità e dell'Asia Minore è piena di stati tirannici del genere, e delle salvaguardie che contro di loro gli uomini cercarono di istituire. Quei popoli avevano paura del dominio assoluto, e circondavano l'autorità sovrana di limitazioni che potevano servire a render meno ambito il suo potere. I re di Sparta, di Creta e di altri luoghi della Grecia potevano regnare soltanto per otto anni, come i presidenti degli Stati Uniti al giorno d'oggi. Alla fine degli otto anni, Atene inviava al re di Cnosso, a Creta, un tributo di sette vergini, e può darsi che tale rito desse al re il potere di rinnovare il suo regno. In tali complessità le società antiche davano forma alla loro diffidenza nei confronti dell'autorità civile. Può darsi che al centro di esse stia la strana civiltà minoica di Creta, ancora più antica di Troia, che adorava la dea della natura e arrostita vivo il tributo di giovani e vergini sul toro di bronzo che era parte uomo e parte dio solare, un Moloch ardente. Forse fu questa la tirannia animalesca da cui i greci furono terrorizzati; e la scrittura di Cnosso, tuttora indecifrata, è il segreto linguaggio che ci fa cogliere un'eco romantica nel sintetico gergo dei toreri e degli eroi di Hemingway.

2. Il re capro espiatorio.

2.1. Il capro espiatorio.

La parola *scapegoat* è una invenzione della Bibbia di Tindale; non è chiaro che la parola del Vecchio Testamento che essa intende tradurre non è altro che un nome. Era il nome di uno dei due capri propiziatori sulla cui groppa la comunità scaricava i suoi peccati liberandosene. Il costume era diffuso in tutto il mondo; gli ebrei si distinguevano dagli altri solo per il fatto che si accontentavano di offrire la vita di un animale; invero in molti altri luoghi il capro espiatorio era umano. Gli ateniesi tenevano una scorta di reietti adatti allo scopo, e ogni primavera traevano da essa un uomo e una donna e li lapidavano a morte. Sul Niger le due vittime erano acquistate (e può darsi che lo siano tuttora) con le ammende di coloro che avevano peccato; su questa scala, i grossi peccatori come i ladri e le streghe nel 1858 contribuivano alla spesa del sacrificio umano pagando circa due sterline a testa. Nel Siam la prostituta che era prescelta a portare sulle sue spalle i peccati della comunità non veniva uccisa, ma gettata su un letamaio fuori delle mura e bandita per sempre dalla città.

Molte di queste cerimonie sono specifiche circa il sesso della vittima, e in talune di esse il sesso è al centro del sacrificio. I greci asiatici davano inizio all'assassinio del loro capro espiatorio umano al suono di flauti, percuotendolo sui genitali con rami di fico selvatico. Era forse per espiare l'universale peccato del sesso? O era invece per render fecondi i loro alberi? I messicani ogni anno decapitavano una ragazza nel periodo della pubertà in modo che il suo sangue fosse sparso nel tempio della dea del mais. I «mimi di Pentecoste» si avviavano vestiti di foglie alla loro finta uccisione. In tutte queste manifestazioni ci è dato di scorgere in parte un rito in cui la morte dell'uomo rende feconda la natura. Peraltro, quel che si vuole impetrare non è la fecondità in genere, ma la fecondità dei raccolti curati: il fico, il mais, il dio del grano. Ci si propizia la natura perché sia connivente in quella prima e più grave soperchieria dell'uomo su di essa che è la pratica dell'agricoltura. L'uomo condannato a morire muore per tutti gli uomini coltivatori, e porta su di sé tutti i loro peccati; e il principale di questi è il peccato della coltivazione. Il peccato è la civiltà; il capro espiatorio non è tanto un peccatore, quanto un tributo pagato alla natura. Quando i greci dell'Asia Minore si mettevano a suonare il fatale motivo del flauto e denudavano il sesso della vittima, i loro gesti terrificanti erano un simbolo della perpetua tensione fra la cultura della società e il suo fondo lussureggiante di natura animale.

2.2. Il peccato dell'autorità.

In questa lotta contro il *caos* naturale la colpa della società è quella di essere una società. La colpa è l'ordine, e i colpevoli sono coloro la cui autorità impone l'ordine. Se il Capro espiatorio deve addossarsi questo peccato, è una farsa farlo fare a un bambino o a una prostituta finita. Solo l'uomo dotato di autorità può espiare il peccato dell'ordine. Quindi, o egli deve personalmente morire o quella che dovrebbe essere la sua morte in realtà si riduce a una farsa.

Questa è la radice da cui deriva e prolifera lo stupendo folklore dei re condannati alla rovina. Talora il re deve prepararsi a morire, probabilmente per mano dei suoi figli, quando la frenesia si impadronisce del suo popolo; in questo stato d'animo la gente di Sumatra soleva cantare per la morte del re. Talora, come nel Bengala, il re può essere attaccato in ogni momento, ma può difendersi. Oppure può essere attaccato soltanto dopo un periodo di regno prestabilito, benché anche in tal caso la sua difesa possa essere cruenta e rituale come a Calicut sulla Costa del Malabar; lì l'attaccante doveva aprirsi la via combattendo attraverso 40 mila guardie, e non riusciva mai a raggiungere vivo il re.

Queste sono varianti di una trama classica, che è la morte rituale del re dopo un periodo di regno prestabilito. Prima del XVII secolo il re di Calicut non si circondava di guardie ma, dopo aver regnato per dodici anni, teneva un gran banchetto, alla fine del quale «salutava i suoi ospiti, saliva sul patibolo, e molto dignitosamente si tagliava la gola sotto lo sguardo dell'intera assemblea». Il rito era lo stesso a Quilacare nel sud dell'India, dove dopo il banchetto il re si tagliava via in pubblico pezzi di carne finché gli rimaneva un minimo di forza per recidersi alla svelta la gola. Avverto sorpreso un'eco di ciò nella vicenda di Edipo che, pur avendo dato l'impressione di sfuggire alla sfinge in attesa, finisce per cavarsi gli occhi in atto di abdicazione. E invero il peccato di inolente orgoglio, che per i greci era la tragedia di ogni potere sovrano, è la contrapposizione dell'autorità all'imperturbabile carne della natura.

Ci sono tre elementi che derivano da questo tema del re che mette ordine in uno stato e muore per esso. Uno è dato dalla farsa a cui ho già accennato, e in cui il posto del re è preso da un re per burla. Quando è il re per burla che governa, naturalmente trasforma l'ordine in pagliacciata: questo è il secondo elemento, il regno della licenza nei saturnali. Il terzo elemento è quello del tremendo piacere che la città prova per la morte del re, reale o farsesca che sia.

2.3. Il re per burla.

Se il re vuole personalmente evitare la sorte del capro espiatorio, deve fare del capro espiatorio un re. Può darsi in effetti che trovi un sostituto di sangue reale uccidendo il suo erede. C'è una tradizione svedese secondo la quale il re governava e sopravviveva soltanto per nove anni; ma re Aun uccise uno dei figli al posto suo ogni nove anni, sinché alla fine ne ebbe uccisi none. Avrebbe ucciso anche il decimo se gli svedesi non glielo avessero impedito costringendolo a morire.

Più frequente è che il re trovi un suddito plebeo che faccia la sua parte. Altrove, nel Malabar, i principi cedevano completamente il loro potere dispotico a un sostituto indigeno per cinque anni, e alla fine di quel periodo gli tagliavano la testa e la gettavano alla plebaglia; chi riusciva ad afferrarla succedeva nella carica.

Di tutti questi re e dei per procura il più famoso è il bel giovane che i messicani sacrificavano ogni anno in occasione della festa di Toxcatl. Gli insegnavano a comportarsi in tutto come un nobile azteco, e «quando questo bellimbusto ingioiellato bighellonava lungo le strade suonando il flauto, tirando boccate di fumo da un sigaro e annusando un mazzolino di fiori, le persone che lo incontravano si gettavano a terra davanti a lui con sospiri e lacrime, raccogliendo mandate di polvere che cacciavano in bocca in segno della più profonda umiliazione e sottomissione». Verso la fine del suo anno di regno o divinità gli si davano quattro nobili mogli, e il vero re si ritirava in secondo piano cedendogli la corte. Nell'ultimo atto del rito si provvedeva a uccidere il finto re strappandogli il cuore, che poi si elevava in alto verso il sole.

Al pari di altri, questo può essere un rito in cui il veto re sfugge alla morte soltanto abbandonando per un periodo di tempo quasi completamente il suo potere sovrano. Più comunemente, il re per procura svolge le mansioni della sua carica come in una farsa, e in tal modo rovescia di sotto in su ogni elemento d'ordine.

2.4. *Il buffone re.*

Una volta che la città in grado di pagare l'insolente orgoglio della civiltà, non con la vita del vero re, ma con un re finto, diventa più naturale incoronare per questa lugubre incombenza una povera creatura che nessuno piangerà. Anche gli aztechi sceglievano come elegante procuratore non uno della loro comunità, bensì un prigioniero. Così in ogni parte del mondo incontriamo queste caricature della regalità, ragazzi e idioti, nani e schiavi. Il buffone di corte, dallo sfoggio volgare, è un simbolo del genere, che una natura vendicativa confonderà e accetterà come re. L'insondabile profondità dell'ironia in *Re Lear* scaturisce da questa fonte quando il re e il suo buffone si riparano insieme dalla tempesta della natura nella capanna di un falso idiota.

Comunque, queste povere stupide vittime del sacrificio devono essere re; devono comandare, avere un potere assoluto, e tenere le redini di uno stato. La caotica collera divina non sarà facilmente ingannata; a meno che la vittima non abbia tutti i poteri del re, la sua morte non sarà sufficiente a pagare la vita del re. I babilonesi prendevano un prigioniero dalle celle della morte e lo facevano re assoluto, aprendogli persino l'*harem* reale, per rovesciare l'ordine sociale di sotto in su, per cinque giorni. Alla vittima bisogna permettere l'arbitrio del de-pota; e poiché egli è destinato a morire così presto, quale forma assumerà il suo arbitrio se non una disperata licenza?

Così il regno del re per burla diventa il regno della licenza. Per una di quelle spettacolari inversioni che, nella psicologia sociale come in quella individuale, rispecchiano la dualità dell'animo umano, all'uomo che sta per morire per l'innaturale peccato dell'ordine bisogna permettere di essere re del disordine; e la città beatamente si crogiola nel suo breve malgoverno.

Il più noto di questi regni violenti sono i saturnali romani. Ritegno e leggi venivano infranti; i padroni servivano gli schiavi; si sceglieva un re per burla e lo si vestiva regalmente; ed egli, dopo aver visto soddisfare i suoi più spregevoli capricci, alla fine di una settimana o di un mese si tagliava la gola sull'altare di Saturno. Questo è l'antico rito come veniva ancora praticato dai soldati romani delle guarnigioni dislocate lungo il Danubio. Fino ai nostri giorni in Boemia, quando si cattura il re dei festeggiamenti di Pentecoste, lo si flagella con verghe e il giustiziere chiede alla folla: «Devo de-capitare questo re?», La folla grida: «Decapitalo!», e avviene una finta esecuzione.

2.5. *La corona di spine.*

Anche Ponzio Pilato chiese: «Che farà dunque di Gesù?». E la folla, che aveva schernito Gesù come re dei giudei e lo aveva incoronato di spine, diede la risposta rituale: «Sia crocifisso!». Perciò Frazer, da cui sono tratti i miei esempi, si chiede: fu Gesù re dei saturnali (o di un equivalente ebraico) tenuti l'anno della sua morte?

La domanda non è retorica; molto tempo dopo, nel 303 d.C., un soldato cristiano che aveva rifiutato di far la parte del lascivo re condannato alla rovina in un saturnale romano dovette affrontare il martirio. E la domanda ci leva di colpo dagli orrori da giallo del rituale alla storia. L'uomo che viene schernito è un procuratore gettato in pasto non solo a una natura remota. Egli è gettato in pasto alla natura umana; la sfinge che dilania è nella folla.

Infatti i saturnali non erano una cerimonia un po' sconveniente messa in scena con gravità a larghi passi di *morris* da un gruppo di gentiluomini ballerini. Dalla Costa d'Oro all'India, fra i tibetani, gli isolani dei Mari del Sud e gli irochesi, i saturnali erano una vera festa della

concupiscenza. Per un momento nel corso dell'anno, crimine e violenza diventano una gloria; uomini abitualmente intimoriti dalla gerarchia tornavano ad adorare la loro caotica volontà personale; e si burlavano felici dell'assassinio di un re. A proposito dei Hos dell'India nordorientale si racconta che sono una popolazione eccezionalmente riservata e discreta nella vita familiare di tutti i giorni, ma che durante i loro saturnali figli e figlie ingiuriano i genitori con parole volgari. Questa rivolta contro l'autorità è il nocciolo dei saturnali di ogni luogo.

C'è in questo un segreto spostamento nella tensione fra l'autorità e l'anarchia naturale. La società è edificata a dispetto delle forze naturali, e per questo peccato di orgoglio il capo dello stato deve pagare con la sua vita. Quando la società fa in modo di pagare non in moneta effettiva, ma in moneta falsa, il finto re rimane un simbolo della legge, e coloro che assistono alla sua morte in pubblico provano piacere per l'umiliazione dell'autorità. Peraltro, egli è stato re soltanto del malgoverno; i peccati che porta via con sé, nella sua qualità di capro espiatorio, sono certo i peccati di licenza, anziché quelli di orgoglio. Ma l'animo umano è più flessibile e brutale di tale logica pedestre. Esso raffigura, e ripete, il peccato nel sacrificio. L'uomo crocifisso è allo stesso tempo il simbolo e la finzione beffarda dell'autorità e, se egli è stato re di un'orgia, ciò dimostra che lo stesso re ha zampe d'animale. La folla che in Boemia grida: «Decapitalo!», sia che si tratti di un'antica mascherata di maggio, sia che si tratti di un'epurazione moderna, è lì raccolta per veder degradata l'autorità; e il processo è in parte rivolto a mostrare che l'uomo dotato d'autorità era dopotutto soltanto una povera creatura umana fin dal principio.

2.6. La morte come spettacolo.

Un film sul caso Dreyfus o su qualche resa famosa insiste con sfoggio impassibile sul lungo rituale dell'umiliazione: la privazione delle insegne, la consegna o spezzatura delle spade, e tutto quanto simboleggia che i potenti di una volta sono ora oggetto di disprezzo. Questo è lo spettacolo per cui la sfinge si aggira furtiva sui tetti. Ci sono stati psicologi i quali hanno ritenuto che il riso non abbia altra fonte che la caduta del dignitoso. Ogni spettacolo ha un elemento del genere: Pulcinella e il *clown* del circo, l'eroe della tragedia greca e il gladiatore morente danno, senza distinzione, a coloro che assistono alla loro sconfitta un momento di acuto vergognoso piacere per il crollo della dignità umana.

Mi si consenta di citare un sociologo moderno, Gunnar Myrdal: «Qualsiasi voce di uno scandalo intorno a una persona in vista nella vita pubblica, per quanto ingiusta o incredibile, qualsiasi degradazione di un tentativo elevato, viene avidamente assorbita dal pubblico. Poiché la maggioranza delle persone sono istruite e passano la loro vita in uno stato di continua frustrazione, trovano gusto a puntare il dito su ciò che è meschino, debole e inadeguato nel loro prossimo. Il carattere masochistico di tale impulso è rivelato dal fatto che esso è specificamente diretto proprio contro i loro capi e i loro più profondi ideali».

Dietro il linguaggio professionale, l'intuizione è acuta. Questi sono i sentimenti di cui si ingozzano i giornali della domenica e i fumetti *sexy*. Essi sono deliziati soprattutto da un lungo processo pubblico, in cui la vittima sia spinta giorno per giorno dall'altare alla fossa, come i messicani usavano farla rotolare giù per i gradini dell'ara. I processi di Oscar Wilde, Alger Hiss e Radek ne sono chiari esempi.

Nei più spettacolari di questi processi c'è un particolare orrore nell'autoumiliazione della vittima. Essa accusa se stessa: dichiara nella deposizione che la sua autorità è sempre stata un abuso. Zinov'ev e Petkov, Clementis e Slansky e quanti altri mai, si battono il petto in un'interminabile processione come i re evocati in *Macbeth*. Quel che è più, il drammatico

pubblico accusatore di un processo accusa se stesso altrettanto drammaticamente nel processo successivo; così Jagoda in Russia e Kostov in Bulgaria si sono avviati alla morte ingiuriando se stessi. E se il membro della giuria si chiede: «Come hanno potuto ingannarmi per tanto tempo questi maestri di malgoverno?», la sua silenziosa risposta è che ogni governo è malgoverno.

Abiurare, essere abietto e ciononostante soffrire era la trama usuale dell'inquisizione contro l'eresia e dei processi per pratiche magiche. Ora, nella caduta dei grandi la folla coglie lo stesso sprazzo di una visione più tenebrosa, quella dell'uomo arso sul rogo che crolla facendosi animale. I nazisti ci tenevano a compiacere e minacciare la loro plebaglia con questa visione fugace dell'uomo torturato. Provavano diletto a trasformare in animali il torturatore e la vittima insieme, finché la vittima era disposta a pagare per la sua vita il prezzo del diventare carnefice. Ecco come fu decimato il ghetto di Varsavia e come erano diretti i campi di concentramento. Che cosa degli individui in rivolta contro il loro essere uomini possano fare dell'uomo è stato raccontato al processo di Joseph Wiener nel maggio del 1948 a Malines in Belgio. Wiener, dopo avere a lungo sofferto nei campi di concentramento austriaci, era stato condotto dai tedeschi nel campo di Breendonck nel Belgio durante la guerra. A quel tempo era ormai completamente impazzito, e venne trattato dalle guardie tedesche come il loro *clown* personale. Venne messo a capo dei maiali del campo. I prigionieri affamati cercavano di rubare i rifiuti ai suoi maiali, e Wiener li denunciava. Questo era il crimine per cui ora si trovava davanti al tribunale di Malines. La corte cercò di ragionare con lui, perché Wiener era stato un tempo professore di diritto internazionale all'università di Vienna. Ascoltando le parole dei giudici, il folle ebbe fra un borbottio e l'altro un momento di lucidità. Pronunciò una frase di quattro parole: «*Nemo repente fuit turpissimus*». La citazione era tratta da Giovenale: gli abissi della depravazione non si raggiungono in un passo solo.

3. L'opera del mendicante.

3.1. *La volpe romantica.*

Nel quadro che ho tracciato la società ordinata ha come suo simbolo il re stesso. Quando la città-stato provvede a propiziarsi la natura incollerita che la minaccia di anarchia, dall'esterno e dall'interno, il re deve essere sacrificato, pagando di persona o ricorrendo a un complicato gioco di spionaggio per procura.

Ma il re non cade sotto la spada di uno splendido eroe della libertà col sole dietro le spalle. Noi che abbiamo la testa piena di Cromwell e Washington, del rovesciamento di Luigi XVI e dello zar, tendiamo a vedere nella morte dei re la fine di un ordine e la nascita di un altro. Quindi ci aspettiamo che la disfatta del potere sovrano abbia come suo simbolo un giovane ribelle, puro e generoso, qualcosa di mezzo fra Shelley e Cristo.

Gli svelti eroi del folklore non somigliano né a Shelley né a Cristo. Non sono dei crociati. Non guidano un ordine sociale al rovesciamento di un altro. Rappresentano infatti non un'autorità nuova, ma l'assenza di autorità. Da Lack arrampicatosi su per il gambo della pianta di fagiolo a Till Eulenspiegel, e attraverso le pagine dei fratelli Grimm, il malizioso eroe si trova in aperto contrasto con ogni autorità. Al pari di Robin Hood, egli combatte per la foresta selvaggia contro la città.

La fantasia che prende per suo modello il fiabesco bimbo sostituito o il fuorilegge non è l'aspirazione del buon cittadino a un ordine sociale migliore. È il buttarsi a capofitto dell'uomo tenebroso nel sogno di un mondo a suo piacimento, senza alcun ordine. Ecco perché l'eroe del

sogno ha armi diverse da quelle a disposizione del re; attinge ai segreti terrestri della natura. Osservate una qualsiasi favola di Esopo. Chi sfida la maestosa forza dell'aquila? Non un altro simbolo di forza, bensì un simbolo di astuzia: lo scricciolo. Il leone cade vittima degli inganni della volpe. Senza dubbio i più poetici fra noi si sceglierebbero piuttosto la giovane tigre per eroe, come fece Blake; ma il racconto popolare parla a uno strato più profondo dell'animo, e sa bene che la figura romantica è il picaro, la volpe che vive di espedienti.

3.2. Il picaro.

La parola spagnola «picar» significa prender su; l'eroe del racconto picaresco è, per così dire, il borsaiolo – o, come minimo, lo sgraffignatore di inezie a portata di mano. Egli nacque in Spagna in un momento imprecisato intorno al 1550. Il primo libro di rilievo su di lui, *La Vida de Lazarillo de Tormes y de sus fortunas y adversidades*, presenta il modello completamente formato. Inetto com'è, il picaro passa da un lavoro all'altro, da guida di un cieco a servo di un prete, dal seguito di furfanti alle vie di Toledo, in un mondo in cui di costante non c'è che il disprezzo.

Evidentemente era un mondo chiuso per tutta l'Europa. La storia di Lazarillo de Tormes venne pubblicata nel 1554. Prima che fosse trascorso un anno apparve ad Anversa con una nuova continuazione. Venne tradotto in francese nel 1560 e in inglese nel 1576. Alla fine del secolo il romanzo picaresco si avviava ormai a diventare la letteratura della Spagna. Quando un romanzo modellato su Lazarillo de Tormes venne pubblicato nel 1599, con un usuraio genovese fallito come protagonista, esso giunse ad avere venticinque edizioni nello spazio di sei anni. Questo fu il libro che in Inghilterra si presentò con lo schietto titolo *The Rogue* (il furfante) e con una poesia di Ben Jonson a mo' d'introduzione.

Pressappoco in quell'epoca, Cervantes aveva messo un picaro fra le figure di secondo piano di *Don Chisciotte*, e scrisse una brillante storia picaresca, *Pedro de Urdemalas*. Apparvero ora in commercio storie di picari gentiluomini, di picari che erano artisti vagabondi, soldati e frati e persino, fra le donne picare, di una ex monaca che si era arruolata come soldato. Molte di queste storie avevano nel loro fondo una forte vena di realtà autobiografica, e perlomeno una era completata da un glossario in piena regola del linguaggio degli avanzi di galera. Suppergiù nella stessa maniera, New York nel 1951 fu conquistata da un *Dictionary of American Under-world Lingo* (Dizionario del gergo della malavita americana) compilato da due reclusi della Great Meadow Prison sotto la benevola guida di un cappellano del carcere.

Si dice che la voga del romanzo picaresco in Spagna prendesse l'avvio dalla disfatta dell'Armada nel 1588. Ma il fermento che le diede forza agiva in quella società più profondamente di una singola sconfitta nazionale. La vicenda del picaro era rimasta viva nel sottosuolo fin dal *Satyricon* dei tempi di Nerone e dal *Roman de Renart* e attraverso tutta la letteratura popolare del Medioevo. Il suo improvviso dilagare nel XVI secolo nella maggior parte dell'Europa ebbe come sua causa un più grave sconvolgimento della società.

3.3. Vagabondi e imbrogliatori.

Il silenzioso terremoto che nel XVI secolo deformava e sconvolgeva ogni settore della società era la disgregazione dell'ordine feudale. Un mondo di strati graziosamente accatastati era giunto alla fine. Le grandi aziende domestiche non potevano più sopportare il peso dei dipendenti. Uomini che una volta avevano trascorso tutta una vita, dalla nascita alla morte, entro le mura di

una città, ora si trovavano nella necessità di fare il loro mestiere altrove. Le vecchie gilde decadevano e gli artigiani erano in movimento. In Inghilterra questo gelido vento che colpì le attività economiche fu reso più sferzante dal dissolvimento dei monasteri, e dalla recinzione di terreno comune per pascolarvi le pecore e produrre lana. Un uomo cominciò ad aver bisogno di denaro in tasca per vivere. E il denaro affluì, strappato piratescamente dal Nuovo Mondo e dalle navi spagnole trasportatrici di tesori. Ma il flusso di denaro non fece altro che ribassare il suo prezzo; l'Inghilterra fu afflitta da un'inflazione aurea; finché l'unico a esser sicuro della sua ricchezza fu il mercante munito di un cavallo da carico. *L'ebreo di Malta* nacque in questo campo, magnetizzato dall'oro, i cui due poli erano il mendicante servile e l'avarò; e lì procreò *Volpone* o *la volpe di Venezia*.

La nascita di bande di vagabondi e soldati finiti in ogni parte d'Europa è evidente negli scritti del tempo, a partire dall'*Utopia* di Moro nel 1516. In Inghilterra è dimostrata dalle leggi elisabettiane sui poveri, il cui scopo era quello di vincolare un uomo alla sua parrocchia. Ma nulla poteva arrestare gli individui erranti, i girovaghi e i gabbamondo, i picari delle strade inglesi. La loro vita è scritta nei libri di Nashe, Lodge e Robert Greene.

Il protagonista dello *Sfortunato viaggiatore* di Thomas Nashe è un paggio che non trova posto a corte e gira attraverso l'Europa da una malefatta sanguinosa o lasciva all'altra, alla volta della sinistra Roma della Riforma. Thomas Lodge diede al suo personaggio scellerato un'aria di Robin Hood: egli aiutava i poveri contro i ricchi, e veniva alla fine cacciato verso la morte dall'asilo della chiesa di St. Mary-le-Bow.

Ma questo tocco romantico restava una mera decorazione; sotto di esso Lodge tracciava il quadro della malavita prendendolo da molti libri amari. C'erano stati parecchi resoconti del genere sulla situazione e sui trucchi della *Fraternitè of Vacabones* da quando un libro con quel titolo era stato pubblicato nel 1561. I più impressionanti di essi rimangono quelle enciclopedie dell'imbroglio che furono compilate da Robert Greene, e in cui il mezzano e il ricattatore, il truffatore e il falso idiota e tutte le altre figure di gabbamondo, avanzano insidiosi, coi piedi coperti di stracci e un bieco sogghigno sul volto, verso il nostro tempo.

Questi uomini parlavano della loro vita. Greene, nella sua autobiografia, e Chettle, che la curò quando Greene perì miseramente, scrivevano dei vagabondi e dei criminali come fossero loro compagni, perché effettivamente gli scrittori elisabettiani erano parte di quel mondo sotterraneo. Il sangue e la perfidia di cui traboccano le tragedie da Marlowe a Webster e a Tourneur scaturiscono dai covi di sicari e delatori che gli scrittori frequentavano. Marlowe stesso, il brillante eretico della Scuola di notte di Sir Walter Raleigh, venne ucciso in una taverna di Deptford in una meschina rissa con spie del governo: e poiché quasi certamente egli era stato una spia, può darsi benissimo che quella «gran resa di conti in una piccola stanza» fosse stata inscenata apposta per assassinarlo.

3.4. Pirati e banditi.

Ben Jonson salutò l'ascesa al trono di Giacomo I con uno spettacolo di corte intitolato *I pirati*. La regina Elisabetta aveva mostrato un'inclinazione più realistica, e aveva condannato i padroni di ferriere del Surrey perché fabbricavano cannoni per i pirati della Manica. Peraltro, si era presa la sua parte di commissione sulle rapine che erano state effettuate dalla sua flotta in mari più lontani e che per l'erario spagnolo non erano state certo migliori della pirateria pura e semplice. Thomas Lodge aveva personalmente partecipato a spedizioni piratesche del genere.

Nel frattempo, i corsari e mercanti di schiavi di Barberia sciamavano nel Mediterraneo. È strano che, di fronte a questa minaccia pagana, il pirata potesse diventare una figura romantica nella letteratura inglese. Ed egli rimase una figura eccezionale per la maggior parte del XVII secolo; raggiunse il culmine della fama col bandito, all'inizio del XVIII secolo.

Capitan Kidd, per esempio, della nave corsara bostoniana *The Adventure*, fu catturato nel 1699 e impiccato in Inghilterra nel 1701. Non è affatto chiaro se Kidd fosse veramente un pirata; la vicenda ha un sapore politico, e può darsi che Kidd fosse il capro espiatorio. Un po' più tardi Charles Johnson, che probabilmente era stato pure in passato un pirata, prese d'assalto Drury Lane con un dramma su John Avery, un pirata autentico che era noto col nome di Long Ben. Si era ormai completamente formata la matrice romantica che avrebbe sfornato una schiera interminabile di libri per ragazzi.

Nella letteratura e nella vita del XVIII secolo il pirata fu messo in ombra dal bandito di strada. Anche i banditi di strada avevano la loro origine nell'epoca elisabettiana; uno dei primi a farsi un nome fu Gameliel Ratsey, che si era dato alla brughiera dopo esser ritornato dalle guerre irlandesi nel 1603, e che è debitamente citato da Ben Jonson in *The Alchemist*. In seguito la strada maestra venne popolata da uomini che erano stati buttati sul lastrico da un altro sconvolgimento: l'andirivieni della Guerra civile e della Restaurazione, che aveva formato una nuova classe di vagabondi dediti alla violenza. Ci furono famosi banditi legittimisti come Capitan Hind e Swift Nick Nevinson, che si ritiene compiesse la cavalcata su York, poi invece attribuita a uno venuto più tardi, Dick Turpin. Essi crearono la tradizione del gentiluomo della strada che vantava una nobile origine, faceva il galante, e dava ai suoi crimini l'aria di un duello personale con la società. Claude Duval, che era venuto dalla Francia dopo la Restaurazione, e fu impiccato intorno al 1670, godette fino all'eccesso questa reputazione, di modo che fu probabilmente il modello per la figura di Macheath in *The Beggar's Opera*. Si diceva che la sua tomba dietro Covent Garden avesse l'epitaffio:

Qui giace Du Vall: attento, tu che leggi,
se uomo alla borsa, e se donna al cuore.

In realtà, com'è naturale, il bandito raramente somigliava alle eleganti finzioni delle ballate da manifesto. Egli era un brigante che si aggirava a piedi per i vicoli, e di cui si può vedere la faccia ad ogni punto negli *slums* di Hogarth. Se di notte andava con altri ad assaltare una carrozza, raramente si spingeva più in là di Highgate o Richmond. Le imprese criminose del bandito, come le sue arie, appartenevano a Londra.

E il popolino di Londra gli riservava Una strana e fatale venerazione. Sappiamo da testimoni oculari che nel tardo XVIII secolo la gente continuava ad accalcarsi ai Vauxhall Gardens e al *Dog and Duck* per vedere i banditi prepararsi alla partenza, e «donne vistose uscire ad accomiarsi dai ladri al crepuscolo e ad augurar loro successo». La folla si radunava con egual piacere lungo la strada da Holborn a Marble Arch per vedere il bandito impiccato. In vita e in morte, egli parlava per qualcosa che era inceppato da manette, ma sempre vigile nell'animo della massa. Aveva la bella testa della sfinge da cui veniva la voce di tutti gli uomini in rivolta contro la società. Qui transitava, in groppa al suo cavallo o in un carro, il re dei saturnali in un breve viaggio di gloria verso la sua morte.

4.5. The Beggar's Opera.

Il bandito come eroe viene alla luce per la prima volta, decisamente, negli scritti di Daniel Defoe. Capitan Singleton, Jack Sheppard e Moll Flanders – pirati, *gangsters* e picare fanno a

gomitate nei suoi libri. La ballata morale cantata sotto la forca in Defoe si accende d'improvviso di fecondità inventiva. Ma rimane una ballata; non c'è traccia di satira nel componimento. Defoe, che era pure diventato spia del governo, naturalmente non poteva più permettersi l'ironia. Quando si mise a scrivere la storia del ricettatore Jonathan Wild che era stato impiccato nel 1725, la raccontò proprio come si era svolta, una vera storia picaresca della malavita londinese.

Ma agli occhi degli sconfitti conservatori dello Scriblerus Club, Bolingbroke, Pope, Swift, Arbuthnot e John Gay, la storia era tutta una satira. Fatto caratteristico, fu Swift a insinuare in Gay l'idea che una pastorale di Newgate «potrebbe costituire uno strano grazioso genere di cose». Gli aggettivi portano l'impronta della zampa vellutata dell'ironia di Swift. La pastorale di Newgate diede come risultato l'aspetto cristallino e il cuore selvaggio di *The Beggar's Opera*.

Jonathan Wild era stato un ricettatore, e in *The Beggar's Opera* egli diventa il ricettatore Peachum. Ma per Gay e i suoi amici, il grande ricettatore o, come essi lo chiamavano, il grande paravento di tutti i criminali era il capo del governo liberale, Sir Robert Walpole. Il mondo della malavita che Peachum governa con finezza è un modello dello stato diretto da Walpole per conto della dinastia di Hanover, da poco venuta.

Il pubblico che si divertì alla rappresentazione di *The Beggar's Opera* provò quindi un doppio piacere. Ebbe modo di ammirare in Peachum il maestro del crimine Wild. Wild aveva in effetti organizzato le bande di Londra, gestito un ufficio per la rivendita di quanto esse avevano rubato, e mantenuto la disciplina fra i suoi ladri denunciando ogni tanto i più importuni di essi ai tutori della legge, per la teglia posta sul loro capo. Questa parte di piacere è quella che noi oggi proviamo per *Dr. Mabuse* o i maestri d'intrighi di Edgar Wallace, e che Bertolt Brecht sottolinea nella sua moderna versione di *The Beggar's Opera*. Ma nel 1728 il pubblico univa a questo piacere quello perverso di riconoscere in Peachum il primo ministro, colpevole di dirigere lo stato con un calcolato impiego di doni e lusinghe e di trasformare l'ordine sociale in una gerarchia di corruzione. Peachum il ricettatore accenna alla somiglianza nella sua prima canzone, con un ironico capovolgimento: «E lo statista, poiché è così grande, onesto quanto il mio ritiene il suo mestiere».

Ecco la carica esplosiva contenuta in *The Beggar's Opera*: essa descrive la legge stessa come una riserva di caccia di criminali. Le arie di Macheath impallidiscono al confronto. Macheath è il procuratore che deve essere sacrificato nell'esecuzione per burla; ma il vero re è Peachum, la macchina statale senza scrupoli e deviazioni, nei cui atti una società riconosce che ciò che la tiene unita non è la giustizia, bensì la legge.

4.6. L'incendio di Newgate.

Non posso metter da parte la pastorale di Newgate senza ricordare che anche una mente più poderosa di quella di Gay trovò in essa un simbolo irresistibile. Quella mente apparteneva al maggiore degli scrittori picareschi inglesi, Charles Dickens.

Mi rendo perfettamente conto che così passo oltre *Gil Blas* e Figaro, Smollett e il *Jonathan Wild* di Fielding che molto opportunamente l'autore fa tenere a battesimo dal reverendo Titus Oates. Ma queste figure, malgrado tutta l'influenza politica esercitata nella loro epoca, rimangono oggi dove sono nate, nel XVIII secolo. Al contrario, *The Beggar's Opera* è moderna quanto i milioni di Kreuger ola polizia di Goering; e nessuno nella rispettabile letteratura dei successivi cento anni bruciò più di quella febbre senza tempo fino a Dickens.

Non posso sperare, nell'angusto ambito di questo saggio, di cogliere la prodiga e travolgente personalità di Dickens. È chiaro che il senso dell'oltraggio lo affascinò, nella vita e nei romanzi. Il ragazzo che era vissuto nella paura e nella vergogna poté da uomo giocherellare con esse al pari di un giocoliere; e al pari di un giocoliere, con l'invecchiare della volontà, provò il bisogno coattivo di mettere in scena i trucchi che esse imponevano.

Dickens aveva scritto *Oliver Twist* nel pieno della sua potenza prima dei trent'anni. Dopo la cinquantina, quando sentiva ormai più intensamente come attore che come scrittore, escogitò per la sua ultima serie di letture pubbliche una versione della scena di *Oliver Twist* in cui Bill Sikes assassina Nancy e, nel tentativo di fuggire, accidentalmente si impicca. Tale lettura prostrò sia Dickens che il pubblico. Eppure Dickens insisté sulla sua esecuzione, contro l'ordine del medico, quando stava già molto male; e può darsi che a volte pagasse qualcuno perché dalla sala protestasse contro la lettura al fine di accrescere l'intensità del dramma. Diceva con piacere che la parte di Bill Sikes gli metteva addosso la sensazione del ricercato dalla polizia quando girava per le vie.

Questo senso di oltraggio sociale sale man mano che Dickens si avvicina alla morte. Quando morì, egli stava scrivendo una storia di assassinio, *The Mystery of Edwin Drood*. Se si vuole che il romanzo abbia un senso, bisogna concludere che Dickens sicuramente intendeva fare del protagonista cattivo, John Jasper, un membro segreto della setta Indiana dei *thugs*. I *thugs* erano devoti dell'assassinio: strangolavano in onore della dea indù della distruzione. Queste erano le sfrenate fantasie con cui Dickens viveva.

Il primo romanzo in cui intravedo qualcosa del genere è *Barnaby Rudge*, che Dickens scrisse prima dei trent'anni. C'è tutto un folklore nelle sue dense pagine, nere di intricate vicende di idiozia, ricatto, complotto e assassinio, che conducono ai saturnali dei tumulti di Gordon del 1780. *Barnaby Rudge* non è molto sveglio; diventa l'uomo di paglia della folla in sommossa che incendia il carcere di Newgate; e come l'idiota capro espiatorio dei saturnali viene condannato – e, al pari di Macheath, si vede commutare la pena ai piedi della forca.

C'è infatti un capo più sinistro del povero *Barnaby*, con un corvo addomesticato sulla spalla. È Dennis, il boia. In quanto ingranaggio della legge, Dennis dovrebbe essere un custode di Newgate. Invece guida la folla all'assalto di esso, e la precede alle folli celle della morte.

Newgate è l'ossessione di Dennis, come carnefice o come criminale; e ci sono momenti in cui Dickens sembra descrivere il tumulto come una folle creazione personale di Dennis. C'è in lui ancora l'ambivalente figura di Peachum, ma più brutalmente invasata: il criminale come membro dei reparti d'assalto di una società legale, ma ingiusta.

5. Il racconto poliziesco.

5.1. La nascita degli slums.

Quando Edgar Allan Poe ebbe letto le prime tre puntate di *Barnaby Rudge*, previde lo svolgimento della trama, in verità non perfettamente, ma con acume. Ciò somiglia molto a quell'abitudine di leggere l'animo altrui da piccoli indizi che Poe amava attribuire al personaggio del suo *detective* Dupin, e che ci è diventata familiare nelle limpide deduzioni da una scarpa infangata o da una macchia di gesso da biliardo con cui Sherlock Holmes pazientemente continua a sbalordire il dottor Watson. Ma il talento di Poe era più profondo.

Poe era stato affascinato da *Barnaby Rudge*, da cui più tardi trasse il suo *Corvo*. E, al pari di Dickens, desiderava penetrare nell'animo di autentici criminali. In uno stato di viva eccitazione si mise a scrivere *The Mystery of Marie Roget* perché convinto di rivelare in tal modo la storia di un assassinio che a quel tempo era ritenuto opera di una *gang* e che aveva lasciato perplessa la polizia di New York. Eppure, leggendo la storia, vero trionfo dell'immaginazione (che probabilmente non trovava riscontro nella realtà), non si resta colpiti dalla sua consumata abilità in materia di ragionamento astratto. Il fatto è che Poe aveva afferrato e viveva l'ambiente di quel triste assassinio lungo il fiume, come egli lo immaginava. La sua intuizione è altresì la proiezione in un'altra vita, un'identificazione con la bizzarria della vita umile, come egli supposeva per le invenzioni di Charles Dickens.

Considero Dickens come la radice principale da cui derivò il racconto basato sul delitto. E ciò non semplicemente perché gli capitò di impressionare Poe e pubblicare le puntate di Wilkie Collins. Il racconto di mistero dopo Dickens perse la sua assurdità gotica stile XVIII secolo perché divenne un racconto personale. Le infelici e disperate fantasie di Poe sono reali, e quelle di Horace Walpole no; e Poe osò scrivere di quelle miserie che lo ossessionavano perché aveva letto *Oliver Twist* e *Nicholas Nickleby*.

Il racconto delittuoso del XIX secolo è una nuova letteratura picaresca, ed è nato negli *slums* – il carcere di Marshalsea, il magazzino dove Dickens legò barattoli di lucido nero, i bar in cui Poe seguiva i suoi sogni erotici. Di lì discesero Gogol, *Delitto e castigo* di Dostoevskij, e Maksim Gorkij. È ciò che aguzzò l'umorismo di Mark Twain in *Huckleberry Finn*. E la stessa fonte ispirò, anche, prima l'intenzionalità di Baudelaire e poi l'atteggiamento di sfida, nelle giungle londinesi o abissine, di Verlaine e Rimbaud.

5.2. Lontano da tutto.

La fuga di Rimbaud e la sua misteriosa vita a Giava, a Cipro e in Africa possono sembrare uno strano contesto per il racconto di delitto. Ma il senso di avventura, e di avventura illecita, è sempre stato una poderosa componente del campo di forza che ha spinto i lettori verso la storia picaresca. E il senso di avventura non è un senso elementare. Il suo gesto caratteristico nel nostro mondo è quello di Rimbaud e di T.E. Lawrence: la sprezzante rottura con la società. Il taglio piratesco delle loro avventure fa di essi gli eroi di sogno della nostra civiltà.

Questa altezzosa aria di rifiuto della vita quotidiana è forte nei protagonisti del racconto poliziesco. Wilkie Collins riteneva di dare un tocco amabile facendo coltivare rose al suo *detective*; e queste eccentricità della lontananza, queste delicate manie del ritiro dal mondo del piccolo furto e del pane quotidiano, sono rimaste nella borsa dei ferri del mestiere di Padre Brown e Peter Wimsey.

Il *detective* da romanzo vive soltanto ai poli. O è immerso in un assassinio melodrammatico, col sangue che sgorga dalla buca del suggeritore, con un dignitario straniero tra le quinte e il destino dell'Europa in gioco. O è a casa nel candido banco di ghiaccio della sua immaginazione, tutto preso dal violino e dall'ipodermica, dai pasticcini alla crema per il tè e da una serra piena d'orchidee. Fra l'artico e l'antartico si stende un mondo di periferia, e il *detective* non ispeziona la periferia. Solo la guardia vi fa il suo giro a passi pesanti, e ogni lettore delle ore piccole sa che la guardia è ridicola.

5.3. Questa è la legge.

Dickens coniò la classica frase di disprezzo per la legge in *Oliver Twist* e, col suo gusto di giocare a ogni cosa in duplice modo, le diede una forza ambigua ponendola in bocca a Bumble. Da *The Murders in the Rue Morgue* a Erle Stanley Gardner, questa tradizione rimane la spina dorsale del racconto poliziesco: la legge balorda come un'asina. Qua e là può anche succedere che il protagonista *detective* sia un poliziotto, come Maigret, ma allora è un superpoliziotto: scandalizza la polizia, e a dispetto di essa gioca a gatto e topo con l'assassino. Conosco soltanto un buon *detective*, l'ispettore French, che vive sugli spiccioli di simpatia che lunghi anni di disprezzo per le forze dell'ordine ci hanno alla fine strappato.

Tutto ciò è certamente una straordinaria inversione. Il racconto poliziesco ha tutta l'innocenza della morale di un racconto per bambini. Si dà l'aria di un pudico santarello. Il cornuto omicida sicuro di esser preso; gli si può graziosamente concedere di farsi saltare le cervella con la pistola ad aria compressa di Bobby, ma egli finisce sempre col pagare per il suo delitto. E allora, se ci ripensiamo su, ci accorgiamo che l'aria innocente del racconto è falsa, i buoni sono fuori posto quanto i cattivi; la bambinaia ci fa una bruttissima figura; e se c'una morale, è certo sconveniente.

Chi è in verità l'eroe del racconto poliziesco? La legge, no. E neppure la vittima; al contrario, la si fa apparire sempre meno meritevole di simpatia, e in racconti come *Trent's Last Case* la vittima diventa il personaggio veramente cattivo. Così ci troviamo di fronte a una scelta semplice: l'eroe deve essere o il criminale o il *detective*.

5.4. Il furfante eroe.

Ma è questa una scelta? Ha un senso? Sono i nostri sentimenti diversi se optiamo per il criminale anziché per il *detective*, o viceversa?

Da quando il professor Moriarty prese in trappola e uccise Sherlock Holmes, che l'autore, vergognoso, dovette poi risuscitare, il criminale è stato degno del *detective*. E, insieme, hanno quindi surclassato la polizia. Possiamo descrivere il racconto poliziesco come un duello all'alba fra di loro, fra due figure romanticamente contrapposte fuori della legge, che arriverà coi suoi piedi piatti soltanto quando la questione d'onore è già bell'e sistemata e i secondi stanno cercando affannosamente il cotone idrofilo.

In questo quadro non c'è più una scelta di eroi. L'unico eroe è il duello; e ciò, non perché sia una manifestazione di abilità, ma perché è un atto di sfida, esso sfida la legge. Certo, non ci può essere un duello senza duellanti; e quindi il *detective* e il criminale devono mettere a confronto il loro ingegno, e una convenzione decente stabilisce che sia il criminale a perdere – o, perlomeno, che al perdente si dia il nome di criminale. Ma la convenzione è banale, e banali sono i personaggi, quel che conta è l'azione. E il piccante del racconto poliziesco è che la sua azione si svolge fuori della legge. La legge fa la parte dell'asino. Conta forse qualcosa che sia il criminale o invece il *detective* a impersonare Robin Hood? Essi sono un'unica figura, l'ingegnoso furfante sorridente al di là della legge, e il furfante è l'eroe.

La lettura di racconti polizieschi è oggi la principale catarsi di un'infinità di gente istruita quasi dovunque fra Vienna e San Francisco. Molti dei patiti del giallo sono persone di pietrificante rispettabilità: vescovi, direttori di banca, tecnici industriali, direttrici di collegi femminili. Quando ho spostato la conversazione verso il tema delle loro letture (sto parlando dei rispettabili lettori di

gialli che conosco di persona), mi son sentito dire costantemente che il racconto poliziesco piace perché pone un enigma. Lo si è paragonato alle parole incrociate, e usualmente alle parole incrociate del «Times». È una spiegazione che ha fatto colpo su di me, finché non ho cominciato a dare una sbirciata agli scaffali su cui vescovi e direttrici ripongono i loro gialli. È stata una visione orripilante. Non ce n'era uno, nella cinquantina di romanzi da me sfogliati, in quella ricerca da bassifondi, che potesse render perplesso un bambino un po' tardo.

Se il merito di un buon racconto poliziesco era quello di causare perplessità, voleva dire che di buoni racconti polizieschi non ne esisteva quasi neppure uno. Cosa che i tifosi del giallo, miei conoscenti, erano pronti a confessare allegramente. Ma speravano in certo qual modo, dicevano, che il prossimo racconto li avrebbe posti di fronte a un enigma. E speravano questo da autori che avevano già scritto una decina di lavori dozzinali, e da editori che notoriamente non pubblicavano nient'altro, Avrebbero potuto, allo stesso modo, continuare a fare le parole incrociate di un giornalino per ragazzi ogni settimana nella speranza che un bel giorno esse si sarebbero tramutate in quelle del «Times».

Ritenere che il racconto poliziesco sia letto per il suo piccante intellettuale è una triste illusione. Ci sono, vero, racconti intelligenti; ne ho ricordato alcuni in questo capitolo. Ma nessun appassionato del giallo occuperebbe una settimana in tutto un anno per leggerli; in verità, non sono quelli a vantare il maggior successo di vendita; e la voga del racconto poliziesco non è certo basata su di loro. Il racconto che pone un enigma intellettuale è un prodotto secondario; e gli autori che scrivono racconti del genere non seguono la corrente principale. Semplicemente impiegano il loro ingegno in racconti polizieschi perché questi possono già contare su una passione e su un mercato.

Il giallo è un racconto di delitto. È questo che gli dà respiro, e che eccita. Il delitto è sanguinoso, ed è il sangue della vicenda; è l'avventura che trasporta il lettore fuori della monotonia della sua società. Il delitto è una sfida al suo mondo, e una sfida sono il racconto e il lasciarsi assorbire da esso. Il delitto è eroico.

Non ha quindi alcuna importanza che, una volta chiuso il libro e ritornato il lettore al suo mondo, il criminale debba essere piamente sepolto col delitto. C'è sempre il *detective* a prender parte alla vicenda criminosa e a mantener vivo quel che conta in essa: il sentirsi in contrasto con gli angusti procedimenti della legge, il gioioso senso di sfida alla società, Israel Zangwill, Edgar Wallace e Agatha Christie (ma ce ne devono essere altri) hanno tutti scritto racconti in cui risulta alla fine che il *detective* è lui il criminale. Noi non abbiamo comunque bisogno di questa formale conclusione della trama per avere la dimostrazione che l'assassino ribelle e l'eccentrico *detective* sono la stessa figura. Essi sono fusi nel delitto; e il loro simbolo è la sfinge, le due facce del nichilismo del falsario. Non ha senso chiedere se sia il criminale o il *detective* l'eroe del racconto. Essi sono entrambi il furfante, e il furfante è l'eroe.

5.5. Il racconto di gangsters.

Ho insistito nel mettere in luce quello che dopotutto è un fatto semplice: che il romanzo poliziesco è una narrazione di delitto. Potrà sembrare che il risultato non valga la fatica, perché la storia d'investigazione intellettuale in ogni caso appartiene già un po' all'armamentario del passato. La sta naturalmente soppiantando il racconto di *gangsters*. Ma ciò non ne fa un animale diverso. Il racconto di *gangsters* è il cugino di città; l'evoluzione moderna della stessa razza. L'impulso all'illegalità che esso distilla per il lettore rimane tale e quale. Era naturalmente meno vistoso in Sherlock Holmes; ma ci inganniamo se crediamo che fosse meno distruttivo. E faccio

notare che i miei rispettabili amici non hanno smesso di leggere storie di delitti perché Sherlock Holmes ha assunto la fisionomia più dura di Perry Mason.

Potrei invero avanzare l'idea che il racconto poliziesco sta ora ritornando alla sua pista storica, e che la tradizione romantica, durata da Edgar Allan Poe a Ellery Queen, è sempre stata un sentiero solitario. Poe basava infatti i suoi racconti sulle memorie di Vidocq che nel 1817, dopo un burrascoso passato, aveva aperto a Parigi un'agenzia investigativa trasformandosi in un Pinkerton francese. Il moderno racconto di violenza nasce nello stesso ambiente incolore, perché è la creazione di un *detective* di professione, un Pinkerton, Dashiell Hammett.

E, ahimè!, il Pinkerton non è mai stato uno scassinatore di enigmi. L'intreccio del giallo moderno diventa più sconcertante ma l'eroe alla Raymond Chandler che lo risolve di forza segue una semplice abitudine: pensa il peggio sul conto di tutti, e attende una manifestazione di violenza per gettarsi in grembo ai loro moventi infami. Con uno sforzo convulso il *detective* tramortito di pugni percuote con un sacchetto di sabbia uno sconosciuto all'uscita di sicurezza; e quando, sul tavolo dell'obitorio, lo sconosciuto viene smascherato come la perduta «*bubble dancer*» [sguattera, espressione dello *slang* americano], l'occhio di lince privato può essere portato via in un coma di trionfo tenendosi stretta una pallottola della polizia e mormorando: «Tutto combacia».

Ciò difficilmente meriterebbe una parodia se non fosse assurdo a fantasia corrente della nostra epoca. Nei trent'anni trascorsi da quando il proibizionismo sparse dovunque la sua lama, il *gangster* è diventato l'eroe dei nostri pensieri. Nella calda oscurità del cinema, Jack lo Sventratore e il sordido strangolatore della camera da letto, di cui parla il giornale della domenica, hanno di colpo acquistato un aspetto brillante e straordinario. È stato creato un sogno. Sgualdrine e teppisti, adescatori, trafficanti di droga e uomini dalle dita lunghe popolano un mondo che non è mai esistito, un mondo in cui la posta in gioco non è mai inferiore ai diecimila dollari. Con un sospiro di tenero abbandono verso il grande schermo, la ragazza lascia scivolare le scarpe sotto la sedia e la sua mano in quella del ragazzo, in una posa di languore orientale. A casa la timida bibliotecaria occhialuta legge Faulkner sorbendo la cioccolata.

5. Il giallo diventa realtà.

5.1. Lo sfruttamento di un sogno.

La prima guerra mondiale avviluppò il mondo intero, e mostrò quasi per caso quanto facilmente potessero sfasciarsi le nostre società. Non mi interessa qui lo sfacelo formale di un regime ormai caduto in rovina come quello dei Romanov o degli Asburgo. L'argomento che mi sta a cuore è lo sviluppo, in uno stato ordinato, di una congiura senza coesione la cui unica forza è quella di essere antisociale. Mi occupo dunque della forza centrifuga di distruzione.

La diffusione della mitologia del *gangster* negli Stati Uniti, sotto lo stimolo casuale del proibizionismo, è soltanto una parte di questa vicenda. In Europa la storia è più tragica. Qui Mussolini ha fondato le camicie nere e Hitler i reparti d'assalto.

Fra quali persone sono stati reclutati i membri di queste organizzazioni? Chi ha prestato ascolto alla retorica di Mussolini o al rapido monologo di Hitler? Che cosa, per esaltare i giovani, hanno detto di diverso da quanto si dice ogni domenica pomeriggio a Marble Arch? O, se la folla ha preso fuoco da sé, che cosa l'ha resa diversa dal piccolo pubblico domenicale?

Non ho avuto modo di conoscere allora i giovani italiani, ma ho conosciuto quelli tedeschi: sono stato a scuola con loro. Nulla nella mia memoria li distingue fino ad oggi dai giovani con cui pressappoco negli stessi anni sono stato a scuola in Inghilterra. Da ragazzi quali erano, leggevano i fumetti d'avventure, angariavano le classi inferiori e prendevano in giro, ma con cautela, l'insegnante di francese. Se si sono fatti adulti per assassinare Rathenau e Matteotti, ciò non era nel loro sangue né più né meno dell'uccisione di Michael Collins; né più né meno del gruppo sanguigno O.

Non mi interessò molto il mio periodo di scuola in Germania. E fui in grado di accorgermi già allora che gli uomini assisi in cattedra erano agitati dalla passione di vendicare la disfatta subita ad opera dell'Intesa, e di distruggere la repubblica, che ai loro occhi ne rappresentava oscuramente il simbolo e lo strumento. Ma, per quanto giovane, non ero così cieco da credere che i ragazzi fossero nati con quelle idee. Essi erano ragazzi come me, e la scuola ne approfittava.

Non c'era naturalmente scarsità di impulsi distruttivi da sfruttare, in me come in qualsiasi altro ragazzo. La smania di sfidare l'autorità, l'irresistibile bisogno di essere, rumorosamente, comodamente, uno della ganga e la graziosa combinazione dei due istinti che si ottiene facendo gruppo contro il forestiero o lo sgobbone sono pronti per l'uso in ogni campo di giochi del mondo. Se volete arruolare un esercito di distruzione, il materiale è lì, in ogni aula. Gli impulsi che trasformano le reclute del vostro esercito nella plebaglia di Tyburn sono impulsi normali. Basta sfruttarli. Basta soltanto sfruttare il loro sogno, il sogno lagrimoso di diventare un uomo assassinando la legge.

5.2. Konzert.

Hitler organizzò in due modi questo sogno. Per prima cosa seppe offrirgli un'interminabile serie regressiva di simboli d'autorità da odiare e da abbattere l'uno dopo l'altro. Aveva, a mio parere, uno speciale talento per questo genere di cose, perché era egli stesso un uomo pieno di tante ambizioni patetiche, disordinate e sempre deluse. Era un Leonardo capovolto, l'uomo universale universalmente buono a nulla; e non faccio eccezione neppure per la politica o la guerra.

Questa dote naturale di Hitler, che era la vera forza sotto la sua oratoria da nastro di telescrivente, non avrebbe suscitato altro che echi d'asilo se non si fosse rivolta a uomini delusi e inaspriti. La Germania degli anni venti era un paese in cui la gente era pronta a tirar fuori i babau della sua infanzia, come avrebbe potuto implorare piangendo l'intervento della mamma, perché aveva perso la speranza. I giovani che erano stati a scuola con me avevano sperato di diventare impiegati di banca e dentisti, funzionari dello stato e maestri elementari. Ma la richiesta di simili prestazioni e gli stipendi reali da esse assicurati si contrassero disperatamente in un paese sconfitto coinvolto nella crisi economica mondiale. In un batter d'occhio Horst Wessel si ridusse a vivere di lenocinio e Himmler fu un maestro disoccupato. Uomini come questi furono i primi ad aderire al movimento nazista, in uno sconfinato spirito di rivolta contro la propria penosa educazione, contro la propria classe. «Quando odo la parola cultura, metto mano al fucile». Hitler aveva visto sconfitta allo stesso modo la sua aspirazione ad essere un intellettuale, aveva allo stesso modo sofferto la fame in Austria. Era vittima di un falso sospetto che tenta di insinuarsi in ognuno di noi: il sospetto che il mondo sia una congiura architettata a bella posta contro la nostra persona. Aveva a portata di mano, come un mazzo di carte, i simboli cospiratori dell'odio: la democrazia, i banchieri, Einstein e gli ebrei, la borghesia cosmopolita, i socialisti, Versailles – e, voltata una carta, Röhm e i suoi omosessuali.

Questi non furono altro che semplici momenti nell'edificazione del partito nazista, che doveva gettare la sua rete più in là dei dipendenti statali affamati; ma furono momenti decisivi, perché riempirono le file dei battaglioni di camicie brune e diedero un nucleo al movimento. In un movimento che sfrutta l'odio diffuso per l'autorità allo scopo – paradossale – di creare il più rigido regime totalitario, è naturalmente essenziale che il capo sappia distogliere l'attenzione verso un simbolo odiato di autorità civile dopo l'altro, come verso una selva di parafulmini.

Ma occorre un secondo requisito per sfruttare gli assurdi sogni di uomini civili. La violenza frammentaria del sogno deve essere perpetuata; i vergognosi impeti di crudeltà devono essere resi abituali; i saturnali devono diventare permanenti. Si può reclutare la truppa nelle aule di scuola, perché per essa basta la durezza di un qualsiasi ragazzo preso dalle ossessioni della pubertà. Ma per trasformare questi piccoli impulsi comuni di uomini che in complesso rispettano i genitori, hanno una moglie e amano salutare la gente, per trasformare i loro saltuari impulsi al male in un continuo violento turbinio d'intolleranza occorre ben più che la disoccupazione e la retorica. Occorre la guida di uomini in cui la brutalità non sia più una fiammata di collera, bensì un piacere. Tali erano i sadici e i perversi dei battaglioni di Hitler. Certo, di sadici ce ne sono qua e là in ogni esercito. Ma il crimine ordito da Hitler, Röhm e Goering contro l'umanità fu quello di porre uomini del genere alla testa dei battaglioni. I flagellatori furono nominati *Standartenführer*. Uomini immorali come Heydrich, erotomani come Streicher e pazzi dominati da idee coercitive come Hess salirono a posti di potere. Nei Sudeti uno strangolatore di prostitute fu nominato giudice; il che ci fa ricordare come la parola sfinge significhi strangolatore.

Questi uomini furono scelti per annodare la rete delle comuni debolezze umane, e stringerla in modo da tenere una nazione in stato di rozzezza e schiavitù. Si reclutano i membri di una banda fra uomini che non hanno pecche più gravi dei loro vicini; ma la si organizza e la si dirige con alcuni professionisti del vizio, di modo che si fa dell'ignominia un'abitudine e il delitto siede a tavola come Banquo, spingendo al delitto. Ecco perché i cocainomani e i torturatori attraverso i quali Hitler governava hanno creato Dachau e Ravensbrück, perché hanno assassinato aviatori e ostaggi e fatto sfilare uomini avviliti per le vie: perché ciò intimidiva, rendeva insensibile e finiva per abbruttire una nazione. Nel gergo dei prigionieri un campo di concentramento veniva sarcasticamente chiamato *Konzert*. Alla fine, un intero popolo fu fatto prigioniero di quel sanguinoso tumulto wagneriano.

5.3. La punta di spillo della crudeltà.

Ho costantemente posto l'accento più sull'impulso a sfidare l'autorità che sull'impulso alla crudeltà in quanto tale. In questo non mi faccio forte del parere di una o dell'altra scuola di psicologia. E neppure pretendo che un impulso sia rispettabile e l'altro assolutamente perverso. Siamo tutti tempestati da motivi sufficienti a far compiere un massacro, ogni giorno della settimana in cui vogliamo dar loro la briglia. Non è mio proposito disegnare una carta della personalità umana, ma isolare il conflitto che la domina nell'ambito delle società moderne.

In questo quadro il perverso e l'invasato possono tornare ad essere strumenti di potere, come già furono nelle corti italiane intorno al 1500, al tempo di Leonardo, di Machiavelli e dei Borgia. Il contrabbandiere, il condottiero e il capo hanno bisogno di simili strumenti se vogliono corrompere un seguito e legarlo a sé. Il desiderio di offendere, la momentanea ebbrezza provocata dal dolore sono il portagioia attraverso il quale il perverso si insinua nell'animo degli uomini comuni.

È un pertugio universale attraverso cui è stata riversata per almeno duecento anni una terribile letteratura di agonia romantica (prendo l'espressione da Mario Praz), che va dal marchese de Sade a Swinburne, e da Goya e Byron a Salvador Dalí e a Jean Genet. Ma anche in questa letteratura mi sembra che il più delle volte siamo invitati a trovar piacere non nello spettacolo del dolore, ma in quel senso di offesa di quanto è normale e convenzionale di cui è carico tale spettacolo. Il perverso e il nevrotico (che sono sconosciuti fra i selvaggi) amano scandalizzare, e vendicarsi per il distacco che li separa dalle tranquille abitudini della città. Invero, Freud riteneva che una caratteristica importante della personalità nevrotica fosse il senso di estraniamento dalla società. Il marchese de Sade prendeva la parte del criminale ogni qual volta fungeva da gran giurato. Cito un conciso profilo del suo carattere tracciato dalla sua più recente biografia, Simone de Beauvoir, un'esistenzialista animata da simpatia.

La società mistificata e mistificatrice alla quale de Sade si ribella fa venire in mente «l'uno» di Heidegger in cui l'autenticità dell'esistenza è inghiottita. Anche per de Sade si tratta di riacquistare l'autenticità con una decisione individuale. Questi confronti sono assolutamente deliberati. A de Sade deve essere assegnato un posto nella grande famiglia di coloro i quali esistono per aprirsi nella «banalità della vita quotidiana» la via verso una verità che è immanente in questo mondo. In questa cornice il crimine diventa un dovere: «In Una società criminale bisogna essere criminali». Questa formula riassume la sua etica.

Non meraviglia che il filosofo Heidegger facesse di Hitler il suo eroe.

La forma che questa violenta, profonda reazione antisociale assume può essere mutevole come la sfinge. E la crudeltà può essere la punta di spillo che la stimola a colpire. Ma, in qualunque forma si nasconda, questo è l'animale che si aggira furtivo intorno alla città-stato. Questo è il problema delle società.

5.4. Il felice oltraggio.

Mi si consenta di citare, come complemento, dalla brillante opera del professor O.H. Mowrer sull'istruzione sociale. Ho lasciato fuori soltanto l'armamentario dei riferimenti e delle note.

Vari autori hanno osservato che l'enuresi è molto comune fra i soldati. Pur mettendo da parte il numero non irrilevante di casi di simulazione, in cui si bagna deliberatamente il letto nel tentativo di ottenere un congedo per infermi o, come minimo, di evitare il servizio attivo, di quando in quando scoppiano vere e proprie epidemie di effettiva enuresi. Se tali recrudescenze si verificassero soltanto fra uomini che sono direttamente impegnati in combattimento o vengono preparati per un imminente impiego, la logica supposizione sarebbe che l'ansietà è qui il principale fattore etiologico. Il fatto che l'enuresi sia ricorrente o più o meno cronica, nelle caserme anche durante i periodi di pace prolungata, fa pensare a una spiegazione diversa, cioè che la disciplina e il trattamento arbitrario, che formano tanta parte dell'istruzione militare, ristabiliscano in certi giovani atteggiamenti di ostilità e risentimento che essi provavano da bambini verso l'autorità dei genitori e che probabilmente riuscivano a manifestare soltanto per una via così traversa come l'apparente incapacità di acquistare o conservare l'abitudine del letto asciutto. L'autentico sbarramento di divieti e ingiunzioni che costituisce la socializzazione del bambino che cresce nella nostra cultura è inevitabilmente causa di frustrazione; e, a peggiorare le cose, la reazione naturale alla frustrazione, cioè l'atto di sfida aperta o l'attacco contro la persona o le persone frustratrici, è rigorosamente proibito. Non sorprende quindi che i risentimenti e le ostilità, così costretti a rimanere nascosti sotto la superficie, saltino fuori in luoghi strani e in maniere bizzarre. Un'infinità di casi di stitichezza, di idiosincrasie alimentari, di ritardo nel parlare, di cosiddette incapacità di lettura e altri problemi comunemente presentati dai bambini moderni

possono essere pienamente intesi solo se visti in questa luce. Poiché è negato il lusso dell'aggressività non mascherata contro i genitori e gli insegnanti frustratori, che i bambini in molte società primitive sono incoraggiati a manifestare apertamente, il bambino è indotto nella nostra cultura a espedienti come le incapacità simulate e la non cooperazione passiva, in quanto sono gli unici mezzi disponibili per difendere la sua individualità e respingere la troppo rapida intrusione di modi di vita che gli sembrano irragionevoli ed estranei. La lentezza nell'acquisizione di abitudini socialmente approvate di eliminazione e la periodica astensione dall'esercizio di tali abitudini appaiono una forma di autoaffermazione e rappresaglia della personalità infantile. Il bambino che ha scoperto quanto efficacemente può offendere i sostituti della cultura, assegnatigli nella veste del padre e della madre, con l'enuresi notturna, un atto che commette mentre è addormentato e per cui non è quindi di solito ritenuto pienamente responsabile, ha a sua disposizione uno sfogo singolarmente adatto per i suoi risentimenti: con questo atto egli ottiene un'effettiva rappresaglia e allo stesso tempo tende ad evitare le conseguenze che deriverebbero se commettesse qualcosa di altrettanto seccante durante la veglia.

Si dice che dei barbuti vagabondi si guadagnino ancor oggi da vivere nel porto di New York permettendo ai marinai di compiere pressappoco questo felice oltraggio. E nessuna perquisizione militare di porta in porta o divertimento alla «Casa bruna» si svolgeva senza qualcosa del genere.

Noi viviamo in un mondo in cui il senso di essere inutili ci accompagna come un'ombra. Mostrate a un bambino colpevole un film su una famiglia di canarini (l'ho visto fare) ed egli lo trasforma immediatamente in una favola di solitudine ribelle. Un ragazzo negro perde il suo posto nella rispettabile gerarchia del vicinato, e ben presto diventa un rifiuto che trova la sua presunzione nei sogni provocati dall'eroina. I *gangsters* del Golden Reef a Johannesburg reclutano ragazzi che fumano l'oppio. Il desiderio di essere un uomo, e di venir riconosciuto nel proprio valore, di essere uno della *gang*, campeggia enorme nei vicoli di Napoli e Brooklyn o a Clapham Common, o pilota un disco volante nei fumetti.

Considerare questi ragazzi come delinquenti nati o addirittura incalliti è perdere di vista la loro più grave minaccia. Se lo fossero, potremmo darci al virtuoso piacere di fustigarli, ma essi sono gli stessi ragazzi pelle e ossa che una volta rubavano merletto per Moll Flanders e borseggiavano per Fagin, e venivano impiccati per una cosa e deportati per l'altra. Non è come ladruncoli e violenti ragazzini di strada che essi sono una minaccia, ma come gli strumenti qualunque di una più grande congiura del timore.

5.5. *Disastro meccanico.*

Il grave pericolo è che, a poco a poco, un'intera generazione sia indotta a credere che la società sia una congiura contro di essa. La sensazione personale di avere un posto nello stato civile si indebolisce; se vien meno del tutto, i giovani di fatto e i vecchi nello spirito finiscono per diventare membri di quelle bande brigantesche di ragazzi senza casa che hanno vagato per l'Europa dopo le due guerre. Che cos'altro erano le *gangs* che seguirono i pifferai variopinti, Mussolini e Hitler?

E la sovrastante nuvola della guerra è di per sé potente nel seminare il disinganno sulle norme della società. Cito dalla conversazione di uno degli autori del *Dictionary of American Underworld Lingo*: «Ritengo sia bene che non abbia spifferato niente sul conto di un compagno, perché questo è il codice con cui sono stato allevato. Ma al giorno d'oggi nel mondo della malavita sono tutti in maggioranza degli informatori. E nel mondo ufficiale essi combattono guerre».

Non dobbiamo dimenticare quanto profondamente ciascuno di noi è stato turbato da un pesante senso di colpa o di disastro quando era ragazzino. Negli anni trenta questo senso tenebroso è stato confessato dagli adulti. L'ultima guerra era destinata a toglierlo di mezzo, di modo che oggi non vien più fatto di parlarne. Ma noi semplicemente lo spingiamo nel retro della nostra testa e gli diciamo di starsene là senza protestare; e nel frattempo procediamo come sonnambuli, protendendo le mani verso un disastro che l'universo, ne abbiamo la sensazione, starebbe preparando per noi.

Ma i giovani non possono spingere il peso del mondo qua e là nella loro testa. Per loro esso è presente e paralizzante. Il disastro è domani, e il domani è un colosso meccanico che qualcun altro aziona. Qualcun altro, i cospiratori, gli dei wellsiani di Marte: ogni destino inscatolato nei simboli con cui ci dissociamo dal controllo della nostra vita. Che cos'altro è l'eroe o, in definitiva, il furfante dei fumetti (perché ancora una volta essi sono un unico simbolo), *Superman* o il capitano Reilly Ffoull, Garth o la Cometa cremisi o il mostro di Frankenstein? Almeno due miliardi di copie di fumetti vengono stampate ogni giorno nel mondo, e ognuno di essi è un fantastico sogno in cui l'umanità è salvata da un miracolo per ottenere il quale non si deve far nulla. In maggioranza questi racconti sono carichi della sconsolata illusione che la scienza, intesa come una magia operata da qualcun altro, sistemerà ogni cosa. Quelli che dai fumetti passano alle notizie trovano quasi più confortante assicurarsi l'un l'altro, nella coda in attesa dell'autobus, che la scienza manderà tutto a gambe all'aria.

5.6. Il mondo come congiura.

Chi in una società finisca per essere scelto come capro espiatorio per scontare il peccato dell'autorità, è naturalmente soltanto questione di dettaglio. I savi di Sion o i re degli armamenti, Whitehall o i comunisti andranno egualmente bene come oggetto di odio o di ridicolo su cui sfogare la nostra paura di un mondo troppo grande per noi. Eppure, c'è qualcosa di particolarmente infelice nel modo in cui siamo giunti ad accumulare tutto il peso della civiltà sulle spalle curve, lievemente cosparse di forfora, dello scienziato.

Naturalmente si ritiene che il ragazzo lettore di fumetti lo adori; parlando alla vicina al di là della siepe interna, la donna dice: «Dovrebbero far cessare ogni cosa». Né gli uni né gli altri ritengono di aver alcuna parte nel lavoro dello scienziato. I senatori gli accordano col loro voto i crediti per fabbricare una bomba all'idrogeno, e nella stessa circostanza lo accusano di essere un pubblico carnefice, il cui entusiasmo per la funzione svolta è tuttavia così poco sicuro che sarà meglio sequestrargli il passaporto. Gli si dice che dovrebbe fare anche da giudice, e decidere a chi è opportuno confidare le sue scoperte; ma se, al pari del professor Klaus Fuchs, egli presume di avere un'opinione in materia, lo si tratta come un caso di atrofia di coscienza. Se gli piace il suo lavoro, è un filisteo; se ama leggere, è un sofisticato intellettuale e probabilmente un comunista. Insomma, egli è colto, serio e indispensabile; e questi peccati di insolente orgoglio ne fanno il popolare capro espiatorio per la nostra mancanza di sangue freddo.

E questo non è un affare locale. In Russia e negli Stati Uniti, come in tutti i paesi che stanno in mezzo, lo scienziato viene ingrassato per la parte del folle re per procura, lo schiavo a cui i principi del Malabar conferivano il loro potere per poi gettarne la testa alla folla assetata di linciaggio. La pratica della scienza sta diventando una magia di corte, e deve naturalmente lusingare il re effettivo. Nell'opinione popolare la scienza non è una parte del sapere umano, bensì una congiura del potere.

Se non facciamo breccia in questi pensieri di paura, siamo alle soglie di un nuovo alto Medioevo. Perché la scienza è oggi il nostro patrimonio e la nostra cultura, non diversamente dalla letteratura greca e romana quando irrupe i barbari. Non occorrerà molto per uccidere il senso di comunanza e generosità fra gli individui per i quali la scienza è ancora un piacere. L'eccitazione dell'irrazionale urla come una sirena nei titoli dei giornali, negli oroscopi e nelle facezie professorali, e nella figura della spia internazionale dei fumetti e dei romanzi a puntate.

Viviamo nell'epoca delle grandi guerre civili; c'è sempre stata in qualche luogo una sparatoria, formale o sporadica, fin da quando sono nato. Un'altra trentina d'anni di guerre ideologiche, sul tipo di quelle che fra il 1618 e il 1648 ridussero l'Europa a un deserto, sta minacciosa davanti a noi. Non sopravviveremo fingendo che sono dei capri espiatori occhialuti a premere i pulsanti.

6. Il grido.

6.1. Il mondo-macchina.

È ora che riunisca le fila del ragionamento e arrivi alle conclusioni. Mi si consenta di riesporre brevemente il mio tema nella sua applicazione attuale. Comincerò col ricordare i passi compiuti fin qui.

In tutte le società l'individuo subisce qualcosa di simile a una spaccatura della personalità. La società lo alleva e lo sostiene; eppure, egli trova molesta la sua pressione e compie gesti di evasione da essa.

Alcune società primitive riconoscevano questo desiderio distruttivo di protesta in favore dell'anarchia, e contro la società, procurando occasioni e persone destinate a subirlo. A mio modo di vedere, gran parte del *Ramo d'oro* di Frazer racconta questa storia del re capro espiatorio, che accetta lo scettro sapendo che sarà ucciso durante gli sfrenati saturnali, quando qualsiasi autorità sarà schernita.

Quel che era una volta un rito diventa, in tempi storici, un genere letterario. Picari, imbroglioni, pirati e *bohémians* sono figure di protesta contro la convenzione sociale che esprimono il nostro desiderio dei saturnali. Essi diventano estremamente interessanti come letteratura quando, più profondamente, assumono l'ambigua parte di burleschi re del disordine; perché i loro atti antisociali sono allora una satira contro i veri dominatori della società. Era questo che faceva del brigante, in vita e nel tragitto verso il luogo della morte, una figura così affascinante per il XVIII secolo: perché, dice *The Beggar's Opera*, «Il giovane nel suo carro ha l'aria di un signore».

E questo è il motivo per cui *The Beggar's Opera* è dominata dalla nuova figura del maestro del crimine, Peachum il ricettatore: perché in lui una società consapevole del nuovo potere della corruzione vedeva e senza pericolo scherniva i suoi capi, si divertiva alle loro spalle. Proprio per questo Burke odiava *The Beggar's Opera*.

Da allora noi abbiamo adottato la letteratura dell'eroe criminale per la nostra catarsi. Nel romanzo giallo e nel film di *gangsters* convogliamo il nostro sogno segreto di vendetta contro la società che ci frena ed ostacola. Facciamo la parte dell'assassino e del *detective* insieme e, mano nella mano, ci lasciamo la legge dai piedi piatti sprezzantemente dietro le spalle.

L'autorità della legge: ecco il nostro capro espiatorio; in questa immagine noi raccogliamo tutte le forze impersonali della società che ci tengono al nostro posto. Le condizioni del vivere civile contribuiscono molto a privare la nostra esistenza dell'avventura e del rischio. Ci prendiamo la rivincita identificando il coraggio con l'illegalità e l'avventura col criminale. La violenza del fuorilegge diventa il simbolo dell'azione virile in un mondo di macchine. È questo che riunisce i giovani in *gangs*, per veder agire il loro capo come un eroe nella lotta contro una società ostile. Un caso mi sembra tipico: Charley Jenkins che a ventitré anni venne impiccato per aver capeggiato la rapina a mano armata in una gioielleria durante la quale nel 1947 venne ucciso Antiquis (non fu personalmente Jenkins a sparare il colpo). La sua *gang* di ragazzi lo adorava come se fosse un moderno Prometeo intento a lottare per l'umanità contro gli dei di un'età del ferro.

Non si può in effetti reprimere questi profondi sentimenti di protesta in un mondo meccanico come il nostro e pensare di poterli sfogare occasionalmente in merlettati drammi del brivido e in piccole elusioni della vigilanza delle forze dell'ordine, facendola in barba all'ispettore della dogana e ingannando il professore di chimica. I sentimenti antisociali in una società gerarchica come la nostra sono una forza e una merce essenziale su cui un capo senza scrupoli può puntare per raggiungere la fama e diventare il portavoce del sogno di violenza di tutti i poveri diavoli. Mussolini e Hitler reclutarono i loro seguaci con *slogans* del genere. Oggi ciò induce gli uomini dovunque a cercare con apprensione dei capri espiatori; e i ciarlatani politici e i cacciatori di streghe trovano ancora una volta facile lanciare il grido che la colpa è di qualcun altro. Di chi è la colpa? Chi ci ha traditi? Le teste d'uovo dietro il governo, esclama il senatore; gli uomini che disegnano la macchina; i seri tecnologi, usciti dalle pagine di H.G.Wells, che conoscono i segreti della faccenda. Sfruttando questo grido antirazionale, l'antico grido di sangue e terra, i comitati d'inchiesta costruiscono la loro potenza e i giornali mandano alle stelle la loro tiratura. La richiesta di riconoscimento avanzata dall'uomo semplice in una società che troppo spesso lo tratta come un'altra macchina è trasformata in un grido di vendetta.

Non abbiamo imparato nulla da Edipo e dagli Aztechi, dalla strada di Tyburn e Buck Rogers, se non impariamo a rispondere alla sua richiesta di riconoscimento.

6.2. *Che cosa divide gli uomini?*

La lezione che la storia ci impartisce in questo campo è immediata. È che ciascun uomo nella società è spinto in due direzioni. Egli vuole essere un membro della società, appartenere e uniformarsi. E allo stesso tempo vuole essere una persona, agire di propria volontà e infrangere le costrizioni sociali.

Tutte le soluzioni date a tale dilemma sono in un certo senso false; o, perlomeno, lo sono se non finiscono bruscamente come quella di Charley Jenkins. Esse sono false perché devono far credere all'uomo ribelle che è riuscito a evadere dalla stretta mortale della società e a diventare un uomo per conto proprio. E invece non c'è riuscito mai. Egli è semplicemente entrato in qualche *gang* più compatta. Ma sarebbe sbagliato pensare che quindi le false soluzioni non soddisfino. La mente non è un trattato di logica, e non vuole essere né interamente sociale né interamente antisociale. Un uomo vuole essere se stesso, sì, ma non vuole essere tutto se stesso; certamente non desidera essere completamente da solo.

Perciò il gesto di rivolta assume di solito una forma simbolica, in cui soddisfa il desiderio senza condannare chi lo formula a diventare un fuorilegge e un eremita. I simboli del re per burla e dei saturnali sono di questo tipo. In una grande società c'è a portata di mano un'altra specie di

gesto simbolico: unirsi a qualche gruppo ristretto che si fa beffe della società. Si entra a far parte di una *gang* studentesca, si diventa nudisti o si prende il «New Yorker».

Queste sono attività dissidenti innocue, e, anzi, salutari; nel dissenso esse creano la tensione astringente che mantiene viva una comunità. Il pericolo non viene dai piccoli gruppi che si vantano di non conformarsi; al contrario, deriva dallo sfruttamento del loro impulso da parte di chi vuole creare una più terribile uniformità.

Il metodo è facile come il trucco delle tre carte, e altrettanto monotono. L'uomo vuole farsi valere; vuole mostrarsi un uomo. Per dar prova di sé ha bisogno del riconoscimento di altri. Il gruppo fornisce questo riconoscimento del posto occupato; essenzialmente, esso è una società abbastanza compatta, o così organizzata, da assicurare un riconoscimento reciproco a tutti. Ma c'è un modo più efficace e più semplice per tenere unito un gruppo: la scorciatoia consistente nel far coalizzare i suoi membri contro un estraneo. Questa è la spaventosa tecnica che i demagoghi hanno trasformato in una faccenda banale.

Il far combriccola contro altri ha tre vantaggi. Dà, bell'e pronto, un senso di solidarietà. Offre al membro della *gang* il piacere del riconoscimento da parte degli attaccati come da parte dei suoi comparì. E crea un capro espiatorio per la brama di vendetta contro la società: l'estraneo diventa il simbolo dell'odiato ordinamento che è causa di frustrazione. Con questi mezzi certi stati moderni sono riusciti a ipnotizzare i loro sudditi fino a fargli credere bizzarramente che, gridando all'unisono «Duce!» o «Eroe!», ognuno affermi la sua individualità di fronte a un mondo ostile.

Trovare un nemico comune, poi, è l'espedito di seconda mano per procurarsi un seguito. Ma ora è più che un espedito; al pari di quello di Circe, è un filtro magico di una cerimonia di iniziazione che trasforma gli uomini in animali. L'uomo singolo, persino l'uomo che protesta, non è alla ricerca di un nemico, ma del riconoscimento che egli conta qualcosa. È alla ricerca di altri che vedano in lui una persona. Questo è il cemento del gruppo: il senso di riconoscimento reciproco. Nulla di tutto questo richiede che il gruppo si coalizzi malvagiamente contro un estraneo. Gli abitanti dello Yorkshire non sono divisi da quelli del Lancashire, e gli uomini non sono divisi dalle donne, per un radicato senso di inimicizia. C'è un bisogno umano di unirsi ma nessuno di contrapporsi. Se agli asiatici viene insegnato l'odio contro i bianchi, se russi e americani sono istigati a odiarsi a vicenda, non è perché queste divisioni siano reali, ma perché esse danno un meschino senso di unità a gruppi che non hanno trovato una forza più profonda per rimanere compatti.

6.3. Posizione e riconoscimento.

Ritorno al mio tema, all'affermazione che al fondo della nostra violenza, nell'agire o nel sentire, c'è il desiderio di mostrarci uomini provvisti di una volontà. Poiché la società è uno strumento inteso a controllare le nostre volontà caotiche, il gesto di violenza che compiamo è antisociale; inventiamo per le forze della società un simbolo, oscuro e impersonale, che sarà il nostro capro espiatorio. Ma il simbolo è soltanto una maschera usata per nascondere il timore di ognuno di noi che la società soffochi quanto c'è di migliore e più personale in lui. Noi temiamo che la società ci trascuri. Nella desolata solitudine delle città cerchiamo rispetto.

Questo è un problema critico per la sopravvivenza delle società tecniche; questo, e non una bomba o un trattato. Le città-stato erano semplici consigli municipali, e Dario e Alessandro modesti reucci, a petto degli stati moderni con oltre un centinaio di milioni di sudditi. La

moltitudine rimpicciolisce l'uomo, di modo che ognuno occupa vagamente un posto insignificante e incommensurabilmente remoto. E, più che la forza del numero, è la complessità della società che scoraggia l'uomo. Nulla di quanto fa sembra più una bravura di cui essere orgoglioso in un mondo dove i titoli grossi sono sempre dedicati a qualcun altro.

Questa è l'immagine plausibile che mette disperazione nel cuore degli uomini, inducendoli ad aggregarsi allegramente a qualsiasi esercito privato che gli offra il diritto di salutare ed esser salutati. È naturalmente un'immagine falsa. Sono state appunto le dimensioni e la complessità delle società moderne a elevare la condizione del lavoro fisico. Lo schiavo è scomparso perché non aveva alcuna abilità da fornire, e si può ottenere la sua energia meramente muscolare dalla natura. I duecento anni di scoperte da cui sono sorte le circonvoluzioni delle nostre società hanno continuamente accresciuto l'importanza dell'individuo e con essa la sua posizione. Ma noi non siamo riusciti a trovare le forme che diano riconoscimento a tale posizione.

Ecco perché il nostro mondo sembra sempre sull'orlo della crisi. Dobbiamo cercar di adattare le forme della società a quanto gli uomini fanno. Io vivo *mercé* l'abilità del guidatore dell'autobus e dell'idraulico, del farmacista e della stenografa, del macellaio e dell'operaio della fabbrica; e, al di sopra di tutti questi, vivo grazie alla mente vivace dei miei lettori. Qui c'è un mondo in formazione e in movimento, per il quale ogni uomo è un fulcro. La difficoltà non sta nel fatto che la società deve trovargli un posto degno; egli ne ha uno. Essa deve scoprire come riconoscere davanti a lui il posto che occupa.

Noi abbiamo torto perché non abbiamo imparato a dividere i meccanismi della società in unità minori tenute unite dal rispetto personale. Abbiamo ereditato la nostra organizzazione dalla storia, e quanto più tirannica e accentrata l'abbiamo resa, tanto più essa è sorpassata. Per usare l'esempio della sezione di montaggio, non sappiamo come raggrupparci in sottosezioni. Perché oggi un uomo non vive più in una sola comunità; è diviso fra il luogo di lavoro e la casa in periferia e il circolo della scuola e un sofisticato *cineclub*. In qualcuno di questi posti egli trova un tango; si crea, per così dire, una società che gli dia il dovuto. E se non lo fa, nessuno lo fa per lui. Egli finisce, per bene che vada, con l'aggiungere la sua voce all'interminabile brontolio per ogni cosa che riempie il treno del mattino per la *City*: un vano pietoso piagnucolio in cerca di rispetto. L'impiegato della *City* e la banda del rasoio, l'esattore delle imposte e Azev il grande agente provocatore, la ragazza sulla spiaggia e l'Anonima assassini lanciano tutti con voce inarticolata un unico grido. E il loro grido concorda col desiderio del fabbricere, dell'elegantone e della moglie del signorotto di campagna. Essi vogliono un posto nel mondo. Vogliono essere fra amici. E vogliono avere un valore ed essere riconosciuti. Vogliono che qualcuno nella loro via dia una gomitata alla moglie e dica: «Sta passando il signor X, così bravo!». Non sembra che sia chieder troppo alla società. Ma è già tardi; la distanza dal centro della nostra società al dormitorio pubblico e ai margini polverosi dei quartieri industriali cresce a dismisura. Dobbiamo dividerla, e trovare ad ogni passo un'unità di rispetto, una forma di riconoscimento del posto occupato per quelli che ci vivono. La società non è una piramide, ma un corpo, e le cellule devono essere buone vicine. Due ragazzi in bicicletta o tre ragazze nella santabarbara, gli uomini al lavoro, la coda dal pescivendolo e la famiglia sono unità di riguardo; e solo se si riesce a fare in modo che si sostengano l'un l'altra, si ha una società capace di resistere all'isterismo della sfinge.

Questo, ne sono sicuro, deve essere il nucleo di ogni nuova società che funzioni. Il mondo è fatto di gente che non entra mai nella prima squadra e che non riesce a prendere neppure un premio all'esposizione dei fiori. Le civiltà del passato, fondate sulla fatica bruta sprovvista di qualsiasi abilità, ci hanno abituato a considerare questa gente come la moneta spicciola della vita quotidiana; essa non ritiene di valere di più. Eppure, la nostra civiltà non poggia su basi del genere. La nostra civiltà è fondata sull'abilità. Osservatelo quando la prossima volta fate controllare le

candele o stirare la camicia; l'abilità riempie i gesti della ragazza al tavolo di commutazione e dell'uomo sulla mietitrice. Essi non hanno nulla ora in comune col manovale a giornata, tranne la sua storia. Eppure, non riescono a scuotersi di dosso, come non ci riusciamo noi, la sensazione che non fanno nulla che valga qualcosa. Quel che fanno è moderno, ma il modo in cui essi e noi lo giudichiamo è sorpassato di secoli. Il nocciolo della riforma sociale consiste oggi nel far riconoscere al mondo il posto centrale che occupa in esso il lavoro di ogni uomo. Appunto perché la nostra è un'era meccanica, nessun uomo può esser trattato semplicemente come un ingranaggio. La dignità del lavoro è stata posta nelle sue mani dalla macchina.

6.4. *Utopia alle corse.*

Non sto cercando di progettare l'instaurazione del regno di Utopia. Questo saggio è un lavoro di analisi. Esso mira a individuare le radici della condotta. Ho dato una scorsa ai mutamenti nelle unità della società soltanto per ricordare che non siamo su un binario morto. Il nostro dilemma non è costituito dall'incapacità di trasformare gli uomini in individui; al contrario, la loro individualità è la creazione di duecento anni di invenzioni che hanno progressivamente liberato gli uomini. Noi abbiamo mancato in qualcos'altro: nel trovare il modo di dare riconoscimento a quel che è dovunque individuale. Dobbiamo correggere questa deficienza per sopravvivere.

E quando l'avremo corretta, e magari corretta bene, non sarà finito l'ammutinamento. Sarebbe poco opportuno se ciò fosse. La singolarità e il dissenso sono irritanti che mantengono la società vivace e ben tonificata. Il gesto di disobbedienza è una catarsi che non dobbiamo negare a chicchessia, una catarsi di cui non dobbiamo privare la collettività. L'uomo ha il diritto di protestare contro le collettività; se non lo avesse fatto, sarebbe ancora alle colonie di formiche; e se non lo facesse ora, vi ritornerebbe. Il giocatore d'azzardo, il fracassone, la ragazza che fa baldoria compiono un felice noncurante gesto di protesta. Quando il gesto si formalizza, nel gioco dei numeri o sulla pista dei cani, mi sembra che diventi una triste istituzione: triste come il mondo degli insetti. Ma non togliamo di mezzo neppure gli allibratori. Essi hanno il loro posto in una società ricca.

Insomma, non nutro alcuna speranza che il giallo si estingua. Spero ancora di andare ad assistere *Petrouchka* e alle partite di *hockey* sul ghiaccio. Non sono i simboli di protesta personale che desidero togliere di mezzo, né la protesta stessa. La protesta è umana; i simboli sono piacevoli; né questo saggio né il dramma di cui il commento verrebbero letti se non avessero questo tono solleticante. Ho frugato minuziosamente fra i simboli perché essi mettono in luce la doppia vita dell'uomo. Non c'è nulla da temere in questo, tranne il suo sfruttamento, Perché abbiamo lasciato, e lasciamo, che dei malvagi ai nostri giorni portino il giallo nella vita reale, e se ne servano per sopraffare intere nazioni. E nessuno di noi è immune da tale colpa.

6.5. *Il volto della violenza.*

C'è una morale in tutto questo? Per me, è concisa: il vizio è una deturpazione personale, ma la violenza è un impulso che tutti condividiamo. L'amore della violenza è, per me, l'antico simbolico gesto dell'uomo contro le costrizioni della società. Degli uomini malvagi possono sfruttare l'impulso, ma un è disastro trattare l'impulso come immorale. Perché una società non è vigorosa se non riconosce l'uomo che protesta; e un uomo non è umano se non trae forza dall'animale naturale. La violenza è la sfinge accanto al caminetto, e ha un volto umano.

Riflessione

— **L'impugnabilità del provvedimento con cui il Tribunale competente per le misure di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34 bis, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159**

Nota a Corte di Cassazione, sez. Unite Penali, sentenza 26 settembre – 19 novembre 2019, n. 46898, Presidente Carcano, Relatore Vessichelli

The contestability of the provision with which the competent Court for preventive measures denies the application of the judicial control requested pursuant to art. 34 bis, paragraph 6, of Legislative Decree 6 September 2011, n. 159

Commentary on the Court of Cassation, United Criminal Chambers, sentence September 26th – November 19th 2019, n. 46898, President Carcano, Speaker Vessichelli

di Stefania Di Buccio

1. La sentenza qui annotata interviene sul tema dell'impugnabilità del provvedimento con cui il Tribunale competente per le misure di prevenzione nega l'applicazione del controllo giudiziario richiesto *ex art. 34 bis*, comma 6, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, inserendo l'analisi del principio analogico relativo ai mezzi di impugnazione nell'alveo del «sotto-sistema omogeneo» delle misure di prevenzione patrimoniali non ablativo.

L'intervento della Corte trae origine dalla vicenda giudiziaria, prima amministrativa e poi di prevenzione, che ha coinvolto la società IGECO Costruzioni S.p.a., interessata da un'informazione antimafia interdittiva prefettizia emessa ai sensi dell'art. 84, commi 3-4, e 91 d.lgs. n. 159/2011.

A seguito dell'impugnazione in sede amministrativa del provvedimento, la società ha presentato al competente Tribunale di Roma, sezione specializzata per le misure di prevenzione, istanza di applicazione del controllo giudiziario c.d. volontario, previsto dall'art. 34 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011.

Il Tribunale di Roma ha rigettato la richiesta di applicazione della misura, sul presupposto del mancato riconoscimento della occasionalità dell'agevolazione rispetto alla compagine criminale individuata (associazione a delinquere di stampo mafioso – Sacra Corona Unita). In sede di analisi dei presupposti positivi per l'applicazione della misura, il Tribunale adito ha rinvenuto la presenza di uno stabile rapporto agevolativo della consorteria criminale consistente nell'assunzione di dipendenti direttamente riconducibili alla stessa e nella presenza nella *governance* aziendale di soggetti attivi in fenomeni corruttivi. Al momento della decisione, il rappresentante legale della società, la Sig.ra C. R., risultava essere stata condannata in primo grado per il reato di cui all'art. 640 *bis* c.p. (reato poi dichiarato prescritto in appello). Nondimeno, il soggetto ritenuto il titolare effettivo dell'azienda nonché padre della predetta (Sig. T. R.) era stato sottoposto a misura cautelare personale coercitiva per il reato di corruzione aggravata continuata.

La difesa ha proposto, dunque, ricorso per cassazione deducendo l'inosservanza e erronea applicazione dell'art. 34 *bis* citato in relazione all'individuazione delle condizioni per l'ammissione al controllo giudiziario (ritenute di competenza del T.a.r. e non del giudice della prevenzione); nonché l'inosservanza e l'erronea applicazione dell'istituto, per violazione di legge e vizio di motivazione nel ritenere accertata la stabilità della agevolazione di soggetti appartenenti alle categorie criminali descritte dal richiamato art. 34 d.lgs. n. 159/2011.

2. La Sesta Sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 15 maggio 2019¹, ha rilevato un contrasto giurisprudenziale in ordine all'impugnabilità dinanzi alla Corte di Cassazione del provvedimento che respinge la richiesta di applicazione del controllo giudiziario e ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

¹ Cass. pen., Sez. 6, Ord. n. 24661, 15 maggio 2019, Presidente: Fidelbo, Relatore Costanzo, pubblicata in *Diritto penale contemporaneo*, con nota di D. Albanese, *Alle Sezioni unite una questione in tema di "controllo giudiziario delle aziende" ex art. 34-bis d.lgs. 159/2011: appello, ricorso per cassazione o nessun mezzo di impugnazione?*, 13 giugno 2019.

Un primo orientamento ermeneutico², infatti, ritiene che il provvedimento di diniego della richiesta di controllo giudiziario formulata dall'impresa destinataria dell'informazione antimafia interdittiva, possa essere impugnato esclusivamente mediante ricorso in cassazione, utilizzando l'addentellato normativo offerto dal richiamo dell'art. 127, comma 7, c.p.p. da parte dell'art. 34 *bis*, comma 6 d.lgs. n. 159/2011.

Tale lettura farebbe leva sul principio di tassatività dei mezzi di impugnazione che osterebbe alla previsione di mezzi di gravame ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 27 d.lgs. n. 159/2011 e l'unica deduzione ammissibile sarebbe quella relativa alla violazione di legge ai sensi dell'art. 111 Cost. (come previsto dall'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 159/2011), in quanto l'estensione del giudizio ai presupposti di merito della misura cagionerebbe una duplicazione delle valutazioni del giudizio amministrativo instaurato, andando a svilire l'assetto della misura.

L'opposto orientamento³ esclude ogni impugnabilità, sostenendo che il rinvio all'art. 127 c.p.p. operato in altre norme dello stesso codice con la formula «secondo le forme previste», riguarderebbe le regole di svolgimento dell'udienza camerale e non implicherebbe l'applicazione completa del modello procedimentale descritto; difatti, per diverse disposizioni contenenti tale rinvio il legislatore ha previsto espressamente quel rimedio. Il sistema delle impugnazioni, secondo l'orientamento in parola, soggiacerebbe all'inderogabile principio della tassatività dei mezzi, così come previsto dall'art. 568, comma 1, c.p.p., da ritenersi valido anche in materia di prevenzione. Non apparirebbe conferente, secondo questa linea interpretativa, neanche il richiamo all'art. 111 Cost. perché il provvedimento *de quo* non grava sulla libertà personale, né concerne l'esercizio di diritti di rango costituzionale (libertà d'impresa), incisi semmai a monte dall'interdittiva prefettizia. Inoltre, si rileva come la decisione del Tribunale della prevenzione abbia un contenuto provvisorio, sempre rivedibile in forza di elementi nuovi che sopraggiungano fino al momento in cui, attraverso il giudicato amministrativo, gli effetti della misura di prevenzione amministrativa si stabilizzano.

Da ultimo, si esclude un potere di controllo da parte del Tribunale di prevenzione sui presupposti di applicazione delle interdittive antimafia, perché ciò duplicherebbe i controlli sulla legittimità delle misure interdittive, la cui valutazione sarebbe esclusivamente di competenza del Prefetto e del Giudice amministrativo.

3. Il contrasto ermeneutico è stato risolto dalla Corte di Cassazione Penale, Sezioni Unite (ud. 26 settembre 2019), mediante la sentenza n. 46898 del 19 novembre 2019, operando una ricostruzione del sistema delle impugnazioni delle misure di prevenzione patrimoniali e calandolo nel particolare contesto dell'istituto del controllo giudiziario, valutato anche alla luce della sua genesi.

La misura nasce infatti – attraverso la l. 161/2017 – per gemmazione dall'art. 34 d.lgs. n. 159/2011, che a sua volta trova il suo precursore nell'istituto della «sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni» inserito con il d.l. 306/1992 negli artt. 3 *quater* e 3 *quinqüies* della l. 575/1965. Il riferimento delle Sezioni Unite alla genesi dell'istituto è stato funzionale a fondare il percorso decisorio su un precedente esistente con riferimento a quell'istituto precursore,

² Sono espressione di tale orientamento le pronunce di Cass. pen., Sez. 2, n. 16105 del 15/03/2019, Panges Prefabbricati s.r.l.; Sez. 2, n. 17451 del 14/02/2019, Fradel Costruzioni; Sez. 2, n. 14586 del 13/02/2019, Sviluppo Industriale s.p.a.; Sez. 2, n. 18564 del 13/02/2019, Consorzio Sociale COIN; Sez. 5, n. 34526 del 2/07/2018, Eurostrade S.r.l., Rv. 273646; Sez. 2 n. 31280 del 12/04/2019, New Ecology S.r.l.

³ V. sul punto Cass. pen., Sez. 6, 09/05/2019, Labate; Sez. 6, 09/05/2019, Lucianò; Sez. 6, 09/05/2019, Gienne costruzioni s.r.l.; Sez. 6, 9/05/2019, Scaramuzzino; Sez. 6, 09/05/2019, PM c. Eurostrade s.r.l.; Sez. 6, 04/04/2019, Consorzio Go Service scarl.

laddove la Corte Costituzionale con una sentenza additiva aveva dichiarato illegittimo il citato art. 3 *quinquies*, secondo comma, nella parte in cui non prevedeva la possibilità di proporre le impugnazioni per i casi di confisca conseguenti alla sospensione, quando invece erano presenti forme di impugnazione dei decreti di confisca di prevenzione. Anche nella previgente formulazione, dunque, si era creata una lacuna e la soluzione all'epoca trovata dalla Corte Costituzionale per colmarlo rappresenta lo strumento che consente oggi alla Corte di Cassazione di ripercorrere la storia del nuovo istituto, facendo emergere la presenza di un nuovo silenzio normativo, rispetto al quale si ripropone la necessità di una lettura costituzionalmente orientata.

La l. n. 161/2017 ha interamente riscritto l'art. 34, inserendo nel comma 6 la previsione di impugnazione col doppio grado di giudizio, il cui richiamo però non è riprodotto nell'art. 34 *bis* (a sua volta inserito dalla predetta l. n. 161/2017).

La *ratio* delle due misure di prevenzione non ablative si caratterizza per un approccio "meno deflagrante" rispetto alle altre misure, imponendo l'attivazione di un percorso emendativo del soggetto colpito, nell'ottica del recupero della realtà concorrenziale. Proprio tale diversa finalità implica, per la Corte, la necessità di riferirsi alle misure di prevenzione ablative come ad un «sotto-sistema omogeneo» rispetto al quale poter attivare effetti compensativi rispetto alle lacune concernenti i mezzi di impugnazione.

Nella sentenza si precisa come la verifica che il Tribunale è chiamato a fare con riferimento ai presupposti di applicazione della misura del controllo "non scolora" col mutamento del soggetto proponente, che sia pubblico o privato. Ciò vuol dire che con il c.d. "controllo volontario" richiesto dall'azienda, il Giudice della prevenzione è sempre chiamato ad accertare i requisiti negativi e positivi per la concessione della misura, aggiungendo alla valutazione operata dal Prefetto una visione prospettica e potenziale, in grado di comprendere se l'occasionalità della contaminazione può essere effettivamente emendata mediante il controllo. Questo diverso "fuoco dell'attenzione" rende i due giudizi – quello amministrativo/statico e quello della prevenzione/dinamico – autonomi e parimenti operanti.

Appare evidente, però, che per nessuna delle descritte situazioni il Legislatore abbia previsto forme tipiche di impugnabilità e sul punto la Corte nel massimo consenso ritiene superabili entrambe le impostazioni espresse dal contrasto giurisprudenziale sulla base delle seguenti considerazioni.

Il richiamo all'art. 111 Cost. appare non compatibile col fatto che il provvedimento del Tribunale non incide sulla libertà personale e non ha carattere di definitività o natura di sentenza.

Il richiamo all'art. 127 c.p.p. da parte dell'art. 34 *bis* d.lgs. n. 159/2011 deve ritenersi riferito alla forma dell'udienza camerale e non estensibile al ricorso in cassazione dei provvedimenti emessi in seno ad essa, salvo espressamente previsto⁴; diversamente si scontrerebbe col principio della tassatività dei casi e dei mezzi di impugnazione.

Se si ritiene che la tipizzazione dei casi e dei mezzi di impugnazione in materia di prevenzione sia avvenuta attraverso l'art. 27 d.lgs. n. 159/2011 (che richiama l'art. 10) non si tiene conto del fatto che storicamente questo istituto non aveva compreso ipotesi di impugnazioni introdotte successivamente al primo vado del Codice. Si veda l'intervento del d.lgs. n. 153/2014

⁴ Cass. pen., Sez. Unite, n. 17 del 6/11/1992, Bernini.

che ha inserito l'impugnabilità del provvedimento di revoca di cui all'art. 34 comma 7 (oggi comma 6)⁵.

Una volta, cioè, che con la successiva l. n. 161 del 2017, il testo dell'art. 34, comma 7, è rifluito nel nuovo art. 34, comma 6, e che è stato disciplinato autonomamente l'istituto del controllo giudiziario, si è manifestata l'incongruenza dell'accostamento di una previsione differenziata dell'impugnabilità di decisioni su oggetti del tutto assimilabili: il controllo giudiziario apparirebbe, dunque, appellabile se emesso all'esito della procedura della amministrazione giudiziaria e non impugnabile se emesso in modo autonomo da quella.

Rilevata l'irragionevolezza di tale discrasia, la Corte di Cassazione ne ha ritenuto doverosa l'emenda mediante un'operazione d'interpretazione analogica, volta a ricomporre la parità di trattamento.

4. Decisivo rilievo è stato assegnato, dunque, all'irragionevole disparità di trattamento di situazioni analoghe, derivante da un assetto normativo riformato che assoggetta il provvedimento applicativo della misura del controllo giudiziario alla impugnabilità con appello e poi con ricorso, soltanto in una ipotesi residuale (conseguente ad amministrazione giudiziaria), e non in quella maggiore che, a differenza della prima, non è nemmeno preceduta dal collaudo quantomeno sulla tenuta delle comuni premesse e dalla possibilità di revoca della misura dell'amministrazione giudiziaria.

Nell'ottica di colmare tale lacuna deve ritenersi ammissibile in via interpretativa il ricorso al sistema impugnatorio derivante dal combinato disposto dell'art. 27 e dell'art. 10 d.lgs. n. 159 del 2011, anche con riferimento al provvedimento dispositivo del controllo giudiziario, con ricadute nell'applicabilità anche per il provvedimento reiettivo della domanda proposta dal privato.

In via di massima, l'azienda interdetta risulta essere portatrice di un interesse perseguibile dinanzi alla giurisdizione della prevenzione perché, sebbene sia indubbio che il Tribunale non abbia potere di sindacato sulla legittimità della interdittiva antimafia adottata dal Prefetto, per la evidente autonomia dei mandati delle due giurisdizioni, è anche vero che l'intera gamma dei presupposti indicati dall'art. 34 *bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 è devoluta alla sua cognizione.

Il giudizio sarà sorretto da un ventaglio di fatti sintomatici sulla vita e sulla qualità della *governance* aziendale, con controlli, indagini e verifiche che si affiancano alla verifica prefettizia. Nondimeno la parte privata può avere interesse a contrastare tale ricostruzione fattuale con elementi acquisiti successivamente all'udienza camerale anticipata, anche per non rimanere acquiescente rispetto a conclusioni che la potrebbero esporre all'adozione di misure di prevenzione patrimoniali diverse e più incisive.

In base a tale percorso argomentativo, dunque, la Corte ritiene che le decisioni del Tribunale sulle richieste in tema di controllo giudiziario, al pari di quelle sulla ammissione all'amministrazione giudiziaria, appartenenti ad un unico sotto-sistema, debbano andare soggette

⁵ Cass. pen., Sez. Unite, n. 20215 del 23/02/2017, Yang Xinjao. Tale sentenza era giunta, infatti, alla conclusione che, analogamente a quanto già previsto dall'art. 27 d.lgs. cit. in tema di appellabilità del provvedimento di revoca del sequestro, anche per il decreto di rigetto della richiesta del pubblico ministero di applicazione della confisca non preceduta dal sequestro anticipatorio, di cui agli artt. 20 e 22 d.lgs. n. 159 del 2011, nonostante la assenza della menzione di tale provvedimento nel testo allora vigente dell'art. 27 d.lgs. cit., si imponesse la impugnazione mediante appello (e non mediante il solo ricorso per cassazione).

al mezzo di impugnazione generale previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 159/2011, come già avvenuto per altre misure patrimoniali e come reso necessario dal dovere di colmare irrazionali aporie normative in presenza di effetti incisivi del tutto assimilabili su beni e interessi omogenei tutelati dall'ordinamento.

Pertanto, con sentenza n. 46898, depositata il 19 novembre 2019, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio di diritto: «il provvedimento con cui il Tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto *ex art. 34-bis*, comma 6, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla Corte di appello anche per il merito».

Articolo

— Sulla vulnerabilità nel processo penale

Breve guida giuridico-filosofica sulla vulnerabilità della vittima di reato

About vulnerability in the criminal proceeding

Brief philosophical and legal guide on the vulnerability of victims of crime

di Marco Bouchard

Abstract. *La (particolare) vulnerabilità della vittima è entrata a pieno titolo nel processo penale italiano a partire dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 di attuazione della Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato. Questo articolo intende dimostrare che la “cultura della vittima” fatta propria dalla Direttiva (approccio generalista, individual assessment, analisi del rischio di vittimizzazione, complementarità tra sicurezza e cura) non è ancora penetrata nell’ordinamento italiano. Quella cultura è debitrice di studi sulla vulnerabilità di matrice filosofica che meritano la massima attenzione anche da parte dei pratici. Per questa via interpretativa è possibile colmare il ritardo che ci affligge nella concezione “italiana” della vittima, ancora dipendente da classificazioni di ordine oggettivo e, soprattutto, soggettivo, che confermano logiche discriminatorie anziché rimuovere le disuguaglianze cui sono esposte le vittime di reato.*

Abstract. *The (particular) vulnerability of the victim has fully entered the Italian Code of Criminal Procedure with the legislative decree 15 December 2015, n. 212 of implementation of Directive 2012/29/EU establishing minimum standards on the rights, assistance and protection of victims of crime. This article intends to demonstrate that the “culture of the victim” adopted by the Directive (generalist approach, individual assessment, analysis of the risk of victimization, complementarity between security and care) has not yet penetrated into the Italian legal system. That*

culture is influenced by studies on the vulnerability of a philosophical matrix that deserve the utmost attention also from the justice operators. In this interpretative way it is possible to bridge the delay that afflicts us in the “Italian” conception of the victim, still dependent on objective and, above all, subjective classifications that confirm discriminatory logic rather than removing the inequalities to which the victims of crime are exposed.

SOMMARIO: 1. La novità normativa della vulnerabilità nel diritto penale. – 2. La vulnerabilità come criterio classificatorio di gruppi di persone. – 3. La vulnerabilità come elemento difettivo della piena autonomia del soggetto. – 4. Sulla vulnerabilità: necessità di un contributo filosofico. – 4.1. Capace e incapace sono la stessa persona. – 4.2. La vulnerabilità è intrinseca esposizione all’altro. – 4.3. La vulnerabilità esige uno Stato responsabile. – 4.4. Il dolore come risorsa politica. – 5. Dalla filosofia della vulnerabilità alla vulnerabilità della vittima. – 6. I limiti dei criteri oggettivi/soggettivi della vulnerabilità. – 7. La categoria delle vittime particolarmente vulnerabili nel diritto italiano. – 8. Le differenze tra la Direttiva 2012/29/UE e la legge processuale italiana. – 8.1. Concezione generalista europea e concezione “particolaristica” italiana. – 8.2. Il rischio di vittimizzazione. – 8.3. La vittimizzazione secondaria. – 9. Protagonismo delle vittime o diritto alla riparazione delle vittime reali della contemporaneità? – 10. La valutazione individualizzata. – 11. Le misure di protezione. – 12. Tre domande: chi, quando e come valutare la (particolare) vulnerabilità? – 12.1. Chi effettua la valutazione? – 12.2. Quando si effettua la valutazione? – 12.3. Come si effettua la valutazione?

SUMMARY: 1. The entry of vulnerability in criminal law. – 2. Vulnerability as a classification criterion for groups of people. – 3. Vulnerability as a defective element of the subject’s full autonomy. – 4. On vulnerability: the need for a philosophical contribution. – 4.1. The same person is capable and incapable. – 4.2. Vulnerability is intrinsic exposure to the other. – 4.3. Vulnerability requires a responsive state. – 4.4. Pain as a political resource. – 5. From the philosophy of vulnerability to the vulnerability of the victim. – 6. The limits of the objective/subjective criteria of vulnerability. – 7. The category of particularly vulnerable victims in Italian law. – 8. The differences between Directive 2012/29 / EU and Italian procedural law. – 8.1. European generalist conception and Italian “particularistic” conception. – 8.2. The risk of victimization. – 8.3. Secondary victimization. – 9. The victims between individualism and the right to reparation. – 10. Individual assessment. – 11. Protection measures. – 12. Three questions: who, when and how to assess the (particular) vulnerability? – 12.1. Who carries out the evaluation? – 12.2. When is the assessment performed? – 12.3. How is the assessment performed?

1. La novità normativa della vulnerabilità nel diritto penale.

L’ingresso della “vulnerabilità” nel processo penale è piuttosto recente ed è conseguenza diretta della necessaria attuazione della Direttiva 2012/29/UE per mezzo del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

Il termine aveva avuto dei precedenti impieghi nel diritto penale, in particolare con l’art. 600 c.p. sulla “Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù” e con l’art. 601 c.p. sulla “Tratta delle persone”. In questi casi il concetto di vulnerabilità è strettamente riferito ad una categoria specifica di persone: appunto, alle vittime di tratta o che versano in una condizione di schiavitù o servitù. Recentemente la l. 19 luglio 2019, n. 69 (cd. Codice rosso) ha inserito il nuovo art. 558 *bis* c.p. in materia di costrizione o induzione al matrimonio per punire chi – è una delle molteplici ipotesi – induce una persona «approfittando delle condizioni di vulnerabilità¹ o di inferiorità psichica» a contrarre matrimonio o unione civile. Qui non vengono individuati gruppi umani esposti alla vulnerabilità: chiunque può trovarsi in una simile condizione.

¹ Si noti che non è richiesta una “particolare” vulnerabilità a differenza di quanto si vedrà nel commentare le norme del codice di procedura penale.

Nella procedura penale la situazione di vulnerabilità è potenzialmente rilevabile in ogni persona offesa anche se – come vedremo – una particolare attenzione è richiesta nei confronti di alcune “classi” di vittime. Per contro l’imputato non è mai considerato vulnerabile. Il suo rapporto processuale a la sua partecipazione al giudizio sono unicamente condizionati dalla sua sanità mentale: solo l’infermità di mente – e non qualsiasi *défaillance* – viene presa in considerazione per stabilire se e come celebrare il processo.

È ancora presto per comprendere quali criteri siano stati utilizzati dalla giurisprudenza per la valutazione e l’accertamento della vulnerabilità delle vittime di cui si indicano alcuni parametri nell’art. 90 *quater* c.p.p. introdotto dal d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

In attesa del lavoro interpretativo dei giudici può essere utile uno sguardo generale al concetto di vulnerabilità² considerato che esso ha ormai una sua vasta applicazione.

2. La vulnerabilità come criterio classificatorio di gruppi di persone.

Il termine stesso di “vulnerabilità” è decisamente recente. La prima apparizione in un vocabolario della lingua italiana risalirebbe al 1922³.

La vulnerabilità, intesa come esposizione a rischio, è da tempo all’origine di trattamenti diversificati a favore di soggetti fragili nelle politiche sociali, nella disciplina del rapporto di lavoro, nella sanità, nell’accesso ai luoghi pubblici e in ogni altra situazione in cui l’applicazione del principio dell’uguaglianza formale possa generare pregiudizio in danno delle persone svantaggiate. In generale non v’è differenza tra le politiche di stampo liberista e quelle di stampo dirigista: entrambe riservano attenzioni ai vulnerabili individuati come categorie bisognose di forme particolari di protezione.

I regimi liberali presuppongono nell’individuo piena capacità di provvedere alle sue necessità e intervengono a favore dei vulnerabili quando l’autosufficienza non è ancora raggiunta (minori) o incompleta (disabili), quando per ragioni storiche o culturali è limitata (minoranze) o, non da ultimo, quando per pregiudizio comporta discriminazioni o svantaggi (donne, stranieri).

Ovviamente le politiche economiche liberali – fondate come sono su principi di concorrenza e competizione – non assicurano in modo programmato (e tantomeno prioritario) risorse a favore dei “gruppi deboli”. Gli interventi volti a garantire e a sostenere l’autosufficienza delle fasce più fragili della popolazione sono destinati ad essere residuali così che, in tempi di crisi, sono proprio esse ad essere maggiormente vulnerabili.

Le politiche stataliste presuppongono, invece, l’esistenza di categorie umane cui farebbe difetto ontologicamente la piena capacità di provvedere ai loro interessi. A seconda dei valori e degli obiettivi perseguiti dallo Stato alcuni di questi gruppi sociali (in particolare le minoranze e gli stranieri) possono essere esclusi da qualsiasi assistenza se non addirittura perseguitati.

² Per una rapida panoramica del tema “vulnerabilità” si raccomanda la lettura di A. Grompi, *V come vulnerabilità*, Cittadella Editrice, 2017.

³ Per una ricostruzione dell’origine del termine si veda G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità*: vulnerabilis, vulnus, vulnerare, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci editore, 2018, pp. 13 ss.

L'elemento comune a questi due approcci così diversi alla vulnerabilità o, meglio, all'autonomia ridotta, limitata o esclusa è l'esistenza di un modello umano ideale di normalità, di soggetto pienamente autonomo e capace di autodeterminazione.

3. La vulnerabilità come elemento difettivo della piena autonomia del soggetto.

Questa concezione si riflette negli interventi della CEDU tutte le volte che ha dovuto affrontare casi di violazione dei diritti umani delle persone considerate vulnerabili.

La CEDU non fornisce una definizione di vulnerabilità⁴ ma, di volta in volta, qualifica come vulnerabile la condizione del singolo o del gruppo di appartenenza del richiedente, in base a parametri e criteri ricavabili dalle norme della Convenzione europea dei diritti umani.

In alcuni casi si è fatto riferimento all'art. 3 CEDU sul divieto di tortura, pene e trattamenti inumani e degradanti di cui sarebbero stati vittime malati mentali, richiedenti asilo, immigrati irregolari con problemi di salute, detenuti sottoposti a maltrattamenti⁵. In altri casi l'elemento della vulnerabilità è stato preso in considerazione per valutare le concrete possibilità di esercitare il diritto di ricorrere al giudizio della Corte (art. 34): così è stata valutata la condizione degli abitanti dei villaggi della Turchia sudorientale in un'area di scontri tra esercito nazionale e gruppi indipendentisti⁶. Sono numerose le pronunce in cui è stato invocato l'obbligo degli Stati membri di attivarsi predisponendo tutte le misure necessarie per prevenire lesioni ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione (art. 2): oltre che a favore delle consuete categorie (minori, immigrati, detenuti, minoranze) la vulnerabilità è stata ravvisata per i giornalisti specializzati in temi politicamente sensibili in Ucraina⁷. Infine la vulnerabilità è stata presa in considerazione anche ai sensi dell'art. 35 in base al quale la Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie giudiziarie interne⁸.

Si tratta sempre di casi dove la vulnerabilità è valutata sotto il profilo del trattamento giuridico sostanziale dei diritti personali: vuoi per il mancato riconoscimento della specifica condizione vulnerabile vuoi per la mancata applicazione del principio di uguaglianza.

Mi pare, però, che sia soprattutto la prospettiva processualpenalistica a fornire l'occasione per un approfondimento e per una valorizzazione della riflessione anche filosofica della vulnerabilità emersa negli ultimi anni.

La vulnerabilità è stata a lungo trascurata e non solo perché contraria all'*ethos* dell'individualismo che domina la morale delle società occidentali contemporanee. Le teorie morali dominanti si fondano sull'esistenza di un essere razionale e sulla marginalità, quando non l'assenza, della dimensione carnale dell'umano che costituisce, invece, la porta d'ingresso della vulnerabilità. Sempre nella prospettiva morale – così come in quella giuridica – il razionalismo

⁴ Sull'impossibilità di definire astrattamente la nozione di vulnerabilità e sulla necessità di ricorrere ad un sistema di presunzioni si veda R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, pp. 35 ss.

⁵ E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, p. 20.

⁶ P. Costanzo, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, 2016, p. 128.

⁷ S. Zirulia, *Art. 2. Diritto alla vita*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, p. 55.

⁸ S. Zirulia, F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 giugno 2019.

dominante ha impedito alla vulnerabilità di avere un ruolo positivo, proprio per la sua appartenenza alla dimensione dei sentimenti, delle percezioni e dell'affettività⁹.

4. Sulla vulnerabilità: necessità di un contributo filosofico.

4.1. Capace e incapace sono la stessa persona.

La definizione razionalistica della persona come soggetto autonomo è stata messa in crisi dal pensiero di Paul Ricoeur secondo cui *l'homme capable* è lo stesso la cui capacità di agire è limitata o impedita. Vulnerabilità e autonomia appartengono alla stessa persona: i due termini si compongono e si completano perché l'autonomia è quella di un essere fragile, vulnerabile¹⁰. Il filosofo francese è tuttavia ben consapevole che in concreto la capacità di agire non è distribuita in modo eguale nell'umanità sia per la divisione in classi che per le gerarchie sociali, senza contare gli effetti di una società dominata dall'efficienza e dalla competizione¹¹.

L'incapacità dell'uomo non si esprime solo nelle limitazioni dell'agire, ma si manifesta soprattutto nelle difficoltà del dire e del raccontare fino a prendere la forma estrema della sofferenza, come impotenza ad avere stima in sé stesso e a stimolare il senso di responsabilità dell'altro¹².

Ed è proprio sotto l'aspetto relazionale della vulnerabilità-responsabilità che prende corpo la riflessione di Emmanuel Lévinas.

4.2 La vulnerabilità è intrinseca esposizione all'altro.

L'umanità dell'uomo – dice il filosofo francese – «la soggettività, è responsabilità per gli altri, estrema vulnerabilità»¹³, nessuno si può chiudere in sé stesso. L'uomo è necessariamente accanto al suo simile¹⁴. Questa vulnerabilità è radicata nella sensibilità stessa dell'uomo: è bene precisare, però, che la sensibilità non deve essere intesa come capacità della persona di reagire alla presenza, all'azione, all'interferenza dell'altro. «La sensibilità è – di per sé, potremmo dire – esposizione all'altro»¹⁵ in un momento antecedente a qualsiasi possibilità di relazione con l'altro, è il presupposto di qualsiasi forma di protezione o, addirittura, dell'assenza di protezione: è la vulnerabilità stessa¹⁶. Lévinas cerca di avvicinarci alla comprensione della condizione dell'umanità vulnerabile attraverso le immagini dell'inquietudine del perseguitato o del “gemitto delle viscere”, durante la maternità, per rappresentare l'irrevocabile presenza dell'altro nella nostra esistenza.

⁹ Sul rapporto tra vulnerabilità e sentimentalismo giuridico si veda L. Corso, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, pp. 57 ss.

¹⁰ P. Ricoeur, *Autonomie et vulnérabilité*, in *Le juste 2*, Editions Esprit, 2001, pp. 86-87.

¹¹ Ivi, p. 91.

¹² C. Sautereaux, *Répondre à la vulnérabilité. Paul Ricoeur et les Ethiques du care en dialogue*, in *Revue de la philosophie française et de langue française*, Vol. XXIII, No 1, 2015, pp. 1 ss.

¹³ E. Lévinas, *Umanesimo dell'altro uomo*, Il Melangolo, 1998, p. 150

¹⁴ Prima ancora che intervenga la coscienza e l'uomo agisca per compiere delle scelte, osserva Lévinas nel passaggio prima citato, «l'uomo si appressa all'altro».

¹⁵ E. Lévinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Jaka Book, 2011, p. 93.

¹⁶ *Idem*, p. 93.

La vulnerabilità è una condizione, al tempo stesso, di relazione all'altro e di passività totale. Non a caso Lévinas parla della pazienza¹⁷ della vulnerabilità dell'uomo, stretto, per la sua stessa natura, tra spinte profondamente ambivalenti: quella dell'affermazione di sé, dell'autocompiacimento (Lévinas usa il termine "godimento") per la propria finitezza e il rischio dell'esperienza dolorosa nel contatto con l'altro: «maternità, vulnerabilità, responsabilità, prossimità, contatto – la sensibilità può slittare verso il toccare, verso la palpazione, verso l'apertura su... verso la coscienza di..., verso il puro sapere, prelevando delle immagini dall'essere intatto...»¹⁸. Naturalmente l'essere umano può sempre respingere questa chiamata al contatto con l'altro, rinunciando così ad affrontare la propria vulnerabilità. Ma è solo nella possibilità di incontrare il corpo dell'altro – tanto più quel corpo è intriso di vulnerabilità perché ferito, offeso, malato – che la persona può riconoscere la sua stessa umanità.

È stato fatto notare che sulla vulnerabilità si è concentrata l'attenzione di filosofi come Simone Weil e Hannah Arendt, anch'esse di origine ebraica come Lévinas a spiegazione dell'esigenza di una riflessione sulla violenza contro le inermi e gli inermi dettata dall'urgenza dell'esperienza vissuta della persecuzione e sterminio nella prima metà del novecento¹⁹.

È proprio qui che si situa la "scoperta" della vulnerabilità non più come condizione di eccezione del soggetto egocentrico della tradizione giuridica moderna ma come dato ontologico della vita umana.

Ma è stato il pensiero femminista²⁰, negli anni più recenti, a criticare radicalmente il mito dell'autonomia e la visione individualistica dell'epoca liberale, ritagliata a misura del maschio bianco normoinserito. Sotto il velo del libero incontro delle volontà contrattuali si celano sempre squilibri di potere e vincoli di dipendenza

4.3. La vulnerabilità esige uno Stato responsabile.

Una delle critiche più severe al principio di uguaglianza formale su cui sono fondate le società occidentali, e americana in particolare, è stata formulata da Martha Albertson Fineman. La società statunitense non impedisce la discriminazione fondata sulla ricchezza o sul potere ma contrasta – sull'onda delle battaglie civili – solo quelle fondate sulla razza, sulla religione, sul genere o sulla condizione di minoranze equiparabili secondo il criterio del «*discrete and insular minority*» (una minoranza chiaramente individuata e definita)²¹. L'attenzione della Fineman alla vulnerabilità è iniziata proprio a partire dalla necessità di un ampliamento dei diritti umani ma si è presto concentrata sull'osservazione che l'autonomia non è affatto una caratteristica umana innata ma deve essere coltivata da una società che sappia cogliere «le implicazioni derivanti dalla fragilità e dalla vulnerabilità umana»²². Se l'uguaglianza non si confronta con le sfide rappresentate dalla vulnerabilità e dalla dipendenza degrada a standard piuttosto vuoto «che garantisce il diritto di lottare per l'autosufficienza e per l'indipendenza a individui astratti, privi delle loro limitate caratteristiche umane e delle loro potenzialmente debilitanti disuguaglianze

¹⁷ *Idem*, p. 81.

¹⁸ *Idem*, p.95.

¹⁹ L. Re, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, If Press, 2018, pp. 11-12.

²⁰ Per una delle più complete rassegne del pensiero femminista sulla vulnerabilità si veda C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014.

²¹ M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 145.

²² *Idem*, p. 156.

storiche e sociali»²³. La sfida fondamentale consiste nel cogliere e nel valorizzare la strutturale “dipendenza” dell’esperienza umana nelle sue relazioni mentre la nostra società ha rinchiuso, nascosto e privatizzato la dipendenza all’interno della famiglia. Al di fuori delle relazioni di cura e in particolare quelle famigliari, la dipendenza è stata stigmatizzata come deficit non meritevole di interventi pubblici. Di fronte alle critiche mosse alla Fineman sul valore “fondativo” della dipendenza la filosofa ha fatto ricorso al concetto di “soggetto vulnerabile” per metterlo al centro delle responsabilità sociali e statali. La vulnerabilità in quanto ontologica è universale e, al tempo stesso, particolare: è variabile perché dipende dalla quantità e qualità di risorse a disposizione.

In questa prospettiva la vulnerabilità non può essere affrontata attraverso un’impossibile ricerca dell’invulnerabilità bensì dotando gli individui di resilienza²⁴, concetto caro soprattutto agli psicologi. È compito delle istituzioni sociali operare costantemente per garantire la capacità della resilienza per contrastare la vulnerabilità delle persone nella consapevolezza che anche le istituzioni sono a loro volta vulnerabili e che necessitano di manutenzione permanente. Questo è il compito dello Stato responsabile definito dalla Fineman: rimuovere le disuguaglianze a partire dall’idea che gli uomini non nascono liberi, uguali e dotati di piena autonomia ma sono intrinsecamente vulnerabili e dipendenti gli uni dagli altri.

Questa teoria del soggetto vulnerabile e dello Stato responsabile non è andata esente da critiche. Si è osservato che l’idea di una vulnerabilità ontologica o universale è stata impiegata per abbracciare fenomeni anche molto diversi tra loro (morte, malattia, infortuni) e che non possono essere equiparati perché alcuni di essi attengono alla natura umana, altri sono socialmente costruiti. Il rischio sarebbe, alla fine, quello di giustificare la disuguaglianza e di naturalizzare l’ingiustizia sociale²⁵. Ciò non toglie che il concetto di vulnerabilità umana soprattutto come condizione intermedia tra quella universale e particolare costituisce un interessante “rinforzo” nell’analisi dell’uguaglianza sostanziale descritta nell’art. 3 della nostra Costituzione.

4.4 Il dolore come risorsa politica.

Un importante sviluppo nella riflessione sulla vulnerabilità è stato provocato dalla tragedia dell’11 settembre. L’attacco alle “torri gemelle” e la successiva “escalation” della guerra infinita al terrorismo ha condotto una filosofa americana, Judith Butler, a prendere posizione contro le forme di disumanizzazione generate da quell’epoca attraverso l’elaborazione di un’etica della non-violenza fondata sul riconoscimento della comune vulnerabilità e su una nozione di responsabilità che prende atto dell’inevitabile opacità del soggetto a sé stesso²⁶. Per quanto, come si è detto, la riflessione della Butler sgorga dall’osservazione degli effetti devastanti delle guerre contemporanee, la categoria della vulnerabilità viene da lei impiegata per ricondurre l’esperienza del dolore, del lutto, della perdita sia alla dimensione collettiva che accomuna tutta l’umanità sia all’unica possibilità di salvezza offerta dalla creazione di nuove forme di legame sociale per interrompere il ciclo della vendetta. «Fare esperienza del dolore, – scrive J. Butler – tradurlo in una risorsa politica, non significa rassegnarsi all’inazione, ma può trasformarsi nel lento processo attraverso il quale riusciamo a sviluppare un momento di identificazione con la sofferenza stessa»²⁷. La filosofa americana contrappone questa strategia della cura del dolore alla

²³ *Idem*, p. 159.

²⁴ *Idem*, p. 170.

²⁵ D.M. Taramundi, *Un nuovo paradigma per l’uguaglianza. La vulnerabilità tra condizione umana e mancanza di protezione*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 194.

²⁶ A. Pinto, *Vulnerabilità: come trasformare il dato ontologico in categoria politica?*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 68.

²⁷ J. Butler, *Vite precarie, Contro l’uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Meltemi, 2004, p. 51.

ricerca incessante da parte di individui, gruppi umani e Stati di reagire all'offesa e alla violenza solo con la violenza trascurando la conseguenza devastante del moltiplicarsi del dolore.

La tragedia si radicalizza, tuttavia, non tanto nel meccanismo infernale della violenza quanto piuttosto nella disparità di trattamento tra le stesse vittime della violenza che esse subiscono anche in morte. J. Butler ricorre all'immagine del necrologio.

«Perché un necrologio esista, c'è bisogno che ci sia stata una vita, una vita meritevole di essere considerata, di essere valorizzata e preservata, una vita riconoscibile in quanto tale...Esso è il mezzo attraverso cui una vita può o meno riuscire a diventare pubblicamente degna di lutto...degnata di essere ricordata»²⁸.

Contro gli aforismi sull'uguaglianza in morte degli esseri umani, ogni giorno la storia delle vicende umane ci consegna la prova della disuguaglianza e delle differenze che si consumano nelle guerre, nelle stragi, nel calvario dei percorsi migratori e nelle morti sul lavoro tra chi è degno di lutto e chi è destinato all'anonimato.

5. Dalla filosofia della vulnerabilità alla vulnerabilità della vittima.

Questo spunto è un ulteriore passaggio di avvicinamento verso l'importanza della cura che dobbiamo riservare alla vittima dopo l'offesa e di un sistema che garantisca il diritto della vittima a ricevere tutte le attenzioni che essa merita.

È mio intendimento comprendere, alla luce di questa sintetica esposizione del concetto di vulnerabilità, quanto l'elaborazione filosofica della fragilità umana si ritrovi – o possa ritrovarsi – nel quadro normativo del trattamento della vittima nel corso del processo penale e accanto ad esso.

L'ordinamento italiano ha introdotto la condizione di particolare vulnerabilità nel nostro processo solo sulla spinta della Direttiva 2012/29/UE se si eccettua il precedente, introdotto con il comma 5 *ter* dell'art. 398 c.p.p. per ammettere all'esame, secondo modalità protette, le persone maggiorenti interessate all'assunzione della prova (si badi, non la persona offesa) e in condizioni di particolare vulnerabilità desumibile anche dal tipo di reato. Il comma è stato inserito dal d.lgs. 2014, n. 24 che ha trasposto le norme della Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani.

È di estremo interesse mettere a confronto la normativa italiana con quella europea che è stata oggetto di approfonditi studi e di cui disponiamo ormai un'ampia bibliografia²⁹.

Già la Decisione quadro del Consiglio del 15 marzo 2001 sulla posizione della vittima nel procedimento penale – poi abrogata espressamente dalla Direttiva 2012/29/UE – pretendeva che gli Stati membri assicurassero alle vittime particolarmente vulnerabili “un trattamento specifico

²⁸ *Idem*, p. 55.

²⁹ S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012; L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, 2015; S. Recchione, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 febbraio 2015; M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 gennaio 2016; M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017; S. Recchione, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti “eventuali”, la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2017.

che risponda in modo ottimale alla loro situazione” (art. 2). Allora non era ancora stata compiutamente digerita dagli autori dei testi normativi la teoria della vittimizzazione secondaria³⁰. Tuttavia l’art. 8 chiariva come si dovesse necessariamente proteggere le vittime, in particolare le più vulnerabili, «dalle conseguenze della loro deposizione pubblica» e l’art. 14 pretendeva un’attenta formazione degli operatori proprio a favore delle vittime più vulnerabili.

La Direttiva 2012/29/UE utilizza il termine “vulnerabilità” – o meglio – fa riferimento alle persone/vittime vulnerabili solo in due considerando: per assicurare loro assistenza specialistica e protezione giuridica in ragione della particolare vulnerabilità (n. 38) e per precisare che le misure di protezione devono essere individuate sulla base di una valutazione individuale (n. 58). Il testo della Direttiva 2012/29/UE, invece, abbandona il riferimento alla vulnerabilità per concentrare la sua attenzione sul più preciso e complesso concetto di “rischio di vittimizzazione”.

6. I limiti dei criteri oggettivi/soggettivi della vulnerabilità.

Mentre la filosofia, come si è visto, ha prestato maggiore attenzione alla dimensione universale/particolare della vulnerabilità, il diritto – come da tradizione – ha “lavorato” sulla dimensione oggettiva/soggettiva (o relazionale/situazionale) della vulnerabilità³¹. A dire il vero la costruzione giuridica ha tenuto soprattutto conto dell’immersione della vulnerabilità nel diritto penale sostanziale. Le Convenzioni di Varsavia (2005) sulla tratta degli esseri umani, di Lanzarote (2007) sui minori oggetto di sfruttamento e abusi sessuali, di Istanbul (2011) sulla violenza di genere e domestica, le conseguenti Direttive europee e la legislazione italiana nelle stesse materie costituiscono un chiaro esempio della “chiave” soggettiva nella protezione della vittima mediante la configurazione di nuove fattispecie criminose (si vedano da ultimo i nuovi reati introdotti dal cd. Codice rosso)³² e la previsione di pene sempre più alte. Ad una accresciuta sensibilità verso la condizione di fragilità di alcuni gruppi sociali si combina il più delle volte la strumentalizzazione delle esigenze di protezione delle vittime per campagne politiche declamatorie, tese ad alimentare la paura e non a favorire la cura degli offesi. In questa prospettiva l’individuazione soggettiva della vulnerabilità – quale strumento finalizzato al consenso politico – viene rimessa alla collettività allarmata che appaga, momentaneamente, il proprio bisogno di sicurezza con nuovi reati e con pene più pesanti. Il concetto di vulnerabilità finisce così con il diversificare – attraverso il trattamento penale degli autori – le vittime vulnerabili da quelle normali. Su quelle vulnerabili si costruiscono le politiche securitarie mentre rimangono nell’ombra le grandi vittime collettive come quelle del lavoro, dei reati economici e ambientali, per tacere delle vittime dell’immigrazione.

Il diritto penale delle vittime è fortemente contrassegnato anche da criteri oggettivi o situazionali. Spesso sono proprio gli eventi o nuovi fenomeni criminali (o la ripresa di quelli apparentemente sopiti) a provocare l’attenzione del “politico” per innescare risposte penali a protezione delle potenziali vittime: il terrorismo, la criminalità organizzata, l’usura sono appunto gli esempi classici di una legislazione che non ha solo utilizzato lo strumento del diritto penale

³⁰ Probabilmente il primo a parlare di vittimizzazione secondaria fu M. Symonds, *Second Injury to Victims*, in *Evaluation and Change: Services for Survivors* (Special Issue), 1980. Per una breve storia del “movimento” delle vittime negli Stati Uniti d’America si veda M. A. Young, *A History of the Victims Movement in the United States*, in *Resources Material Series*, n. 70, 2006, pp. 69 ss.

³¹ M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 1 aprile 2018, pp. 553 ss.

³² La l. 19 luglio 2019, n. 69, introduce quattro nuovi reati (art. 387 *bis* c.p. – Violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa; art. 558 *bis* c.p. – Costrizione e induzione al matrimonio; art. 583 *quinquies* c.p. – Deformazione dell’aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; art. 612 *ter* c.p. – Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti).

d'autore ma anche forme di sostegno economico e di benefici assistenziali (lavoro e pensioni) a favore di vittime bisognose ma individuate sulla base del criterio oggettivo del reato.

Anche in questo caso, tuttavia, si presenta un potente collegamento tra protezione delle vittime e organizzazione del consenso politico: la l. 23 marzo 2016 n. 41 in materia di omicidio e lesioni personali stradali ha moltiplicato le fattispecie criminose – mal coordinate con le norme penali preesistenti del Codice della strada – e aumentato severamente le pene. Questo diritto penale sempre più differenziato e frammentato³³ è frutto di un formidabile impegno delle associazioni delle “vittime della strada” capaci di condizionare e orientare il legislatore. Le statistiche sembrano dare ragione al ricercato incremento delle pene³⁴. Per contro si conferma una tendenza ad una visione parcellizzata nella valorizzazione della vulnerabilità che, di volta in volta, a seconda di esigenze anche transitorie, coglie aspetti particolari della vittimizzazione sia di natura oggettiva che soggettiva.

Non vi è dubbio che quest'impostazione giuridica classica si riflette anche nella Direttiva 2012/29/UE quando s'incarica (art. 22) di indicare i criteri sulla base dei quali valutare le esigenze delle vittime: caratteristiche personali (dimensione soggettiva) da un lato; tipo, natura e circostanze del reato (dimensione oggettiva) dall'altro. Questa tecnica tradizionale è fatta propria dal nostro legislatore che, con l'art. 90 *quater* c.p.p., ha enumerato dei criteri orientativi: alcuni soggettivi (età, stato d'infermità o di deficienza psichica), altri oggettivi (tipo di reato, modalità e circostanze del fatto). La seconda parte di questa norma riproduce in modo un po' confuso l'art. 23 della Direttiva 2012/29/UE e invita l'interprete a tener conto di ulteriori criteri che ondeggiano tra la dimensione oggettiva e quella soggettiva: se il fatto è commesso con violenza, odio razziale, se gli autori appartengono alla criminalità organizzata o a organizzazioni terroristiche, se vi è stata tratta di esseri umani, se vi siano finalità di discriminazione o se ricorra una relazione di dipendenza affettiva, psicologica o economica con l'autore.

In realtà questa classificazione non ci porta molto lontano: l'analisi della natura oggettiva o soggettiva della fonte della vulnerabilità ripropone infatti un approccio datato alla vittimizzazione. Rivive l'idea secondo cui sono le caratteristiche intrinseche al soggetto vittima o alla situazione nella quale si viene a trovare che certificano la vulnerabilità con tutte le conseguenze già segnalate in termini di stigmatizzazione e discriminazione sociale dei soggetti da proteggere.

7. La categoria delle vittime particolarmente vulnerabili nel diritto italiano.

La normativa italiana si distingue da quella europea innanzitutto per una scelta “radicale”: non tutte le vittime vulnerabili meritano attenzione – oltre a quelle (minori, vittime di alcuni reati, maggiorenni incapaci di intendere e di volere) che già beneficiavano di “protezione processuale” – ma solo le vittime particolarmente vulnerabili.

L'art. 134 c.p.p. consente la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa in condizioni di particolare vulnerabilità anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità.

³³ Si è parlato di un'ascesa del diritto penale delle differenziazioni (A. Roiati, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale delle differenziazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 giugno 2016) e di diritto penale frammentato (A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale “frammentario” a un diritto penale “frammentato”*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2016).

³⁴ I dati ISTAT pubblicati il 25 luglio 2019 indicano un calo sia della mortalità che dei feriti dell'1,5% nel 2018 rispetto al 2017 (cfr. il *Comunicato stampa incidenti stradali in Italia*, in *Istat.it*, 25 luglio 2019).

L'art. 190 *bis* c.p.p. estende alla persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità la possibilità di esaminarla in dibattimento quando sia già stata sentita in incidente probatorio solo se il nuovo esame riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze.

Gli artt. 351 e 362 c.p.p. attribuiscono alla p.g. e al PM il potere di avvalersi di un esperto in psicologia o psichiatria quando si tratti di sentire una persona offesa particolarmente vulnerabile. In questi casi p.g. e PM devono assicurare che la persona offesa non abbia contatti con l'accusato, non sia più volte chiamata a rendere sommarie informazioni (salva l'assoluta necessità per le indagini).

L'art. 392 c.p.p. prevede l'incidente probatorio per la persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità.

Gli artt. 398 e 498 c.p.p. riservano alla persona offesa particolarmente vulnerabile la possibilità di essere sentita (nel corso dell'incidente probatorio o in dibattimento) in luogo, col tempo e secondo modalità conformi alle esigenze della vittima.

Tutte queste norme sono state introdotte dal d.lgs. 2015, n. 212 che ha trasposto nel nostro ordinamento la Direttiva 2012/29/UE.

In precedenza, nel codice di procedura penale, la vulnerabilità o, meglio, la particolare vulnerabilità era presa in considerazione – come si è ricordato nelle pagine precedenti – solo dall'art. 398 comma 5 *ter* c.p.p. per ammettere all'esame secondo modalità protette le persone maggiorenni interessate all'assunzione della prova e in condizioni di particolare vulnerabilità desumibile anche del tipo di reato.

8. Le differenze tra la Direttiva 2012/29/UE e la legge processuale italiana.

Tra la Direttiva e le interpolazioni del nostro codice derivate dalla trasposizione dell'atto europeo emergono subito notevoli differenze di linguaggio, di cultura, di finalità.

8.1. Concezione generalista europea e concezione "particolaristica" italiana.

Un primo elemento che colpisce immediatamente è la differenza tra l'attenzione che il nostro codice riserva alla persona offesa subordinatamente all'accertamento di una condizione di particolare vulnerabilità e, per contro, l'impostazione della Direttiva che privilegia un accertamento individualizzato di un rischio o di un pericolo. La legge italiana è selettiva, tende ad individuare una persona particolarmente bisognosa di protezione mentre la Direttiva, come si comprende dallo sviluppo dell'articolato, propone una valutazione di rischio non riservata a casi particolari ma volta ad individuare le corrette misure di protezione, se necessarie, da adottare, di volta in volta, a favore di qualsiasi vittima. È già evidente qui la differenza tra la concezione "generalista" della tutela della vittima nella Direttiva e la concezione del nostro codice di procedura penale che propone la tutela solo in via d'eccezione rispetto a canoni di ordinaria adeguatezza nel comportamento della vittima nella sua reazione di fronte al crimine. Ancora una volta abbiamo la conferma – nell'approccio italiano – dell'impostazione giuridica liberale classica secondo cui la normalità della condizione umana s'identifica con la persona adulta autonoma e

pienamente capace di tutelare i propri interessi e non la fragilità che lo espone a rischi che attentano la propria integrità.

8.2. Il rischio di vittimizzazione.

Un secondo elemento distonico tra le due fonti normative riguarda la definizione concettuale della vulnerabilità. Nel nostro codice la vulnerabilità, per quanto particolare, non è definita. L'art. 90 *quater* c.p.p. – come si è detto – si limita ad indicare dei criteri di valutazione – se non addirittura dei criteri sintomatici – mentre la Direttiva offre una definizione complessa del rischio di vittimizzazione perché utilizza quattro termini: **secondaria, ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni**.

Per riuscire a inquadrare meglio la vulnerabilità nel processo penale – e per evitare confusioni e slabbramenti interpretativi – dobbiamo dunque partire da questa definizione complessa³⁵.

Propongo qui una distinzione, tra la vittimizzazione secondaria – da un lato – e le altre forme di vittimizzazione (ripetuta, da intimidazione e ritorsione) che è stata ben sviluppata anche in sede accademica³⁶.

- a) Parto da queste ultime. C'è un elemento comune alle tre forme di **vittimizzazione ripetuta, da intimidazioni o da ritorsioni**. Con quella esemplificazione la Direttiva intende dare rilievo al fatto che, successivamente al reato, si ripropone in danno della vittima una condotta volontaria e lesiva dei suoi diritti: il fatto si ripete e la persona che ne è colpita è oggetto di violenze o minacce a scopo intimidatorio o ritorsivo. C'è dunque un pericolo di recidiva o di condotte comunque riferibili all'accusato, eventualmente rivolte a condizionare le scelte della vittima, soprattutto quelle processuali ma non solo.
- b) Del tutto diverso è, invece, il rischio di **vittimizzazione secondaria**. Questo concetto sta ad indicare il rischio che la vittima possa essere oggetto di danni ulteriori – tendenzialmente non intenzionali – proprio da parte di coloro che la dovrebbero proteggere: servizi socio-sanitari, polizia, avvocati, magistrati. La valutazione in questo caso è mirata soprattutto a ridurre i danni derivanti dall'impatto con il sistema istituzionale. Si tratta dunque di adottare misure protettive, più che dell'integrità psico-fisica, della dignità della vittima e del suo equilibrio psichico ed emotivo.

8.3. La vittimizzazione secondaria.

È bene precisare subito che il rischio di vittimizzazione secondaria a) prescinde dall'esistenza di un procedimento penale, b) deve ovviamente essere preso in considerazione anche nel corso del procedimento penale se c'è e c) può intervenire anche all'esito della decisione giudiziaria, sia di quella non definitiva che di quella irrevocabile.

Potremmo dire che la storia della vittimizzazione secondaria sia nata grazie ad un ufficiale di polizia di New York, poi laureatosi in psichiatria, che fece tesoro sia della sua esperienza di

³⁵ M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 65 afferma, appunto, che «sembra si possa definire la vittima vulnerabile come quella che... risulta esposta a un concreto pericolo di vittimizzazione secondaria o ripetuta».

³⁶ Mi riferisco, in modo particolare, a V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Wolters Kluwer Cedam, 2018.

poliziotto sia di quella derivante da uno studio su circa 600 vittime di crimini violenti³⁷. L'analisi delle reazioni delle vittime di delitti violenti e intenzionali gli permise di ravvisare gli stessi danni psichici ed emotivi manifestati dai poliziotti e dai veterani della guerra in Vietnam³⁸. Symonds riteneva che le reazioni di una vittima di un'aggressione violenta attraversavano normalmente quattro fasi. Qui interessa evidenziare un meccanismo fondamentale descritto da Symonds con parole estremamente efficaci.

«Molte vittime cercano di ridurre i loro sentimenti di impotenza facendo appello al criminale. Cercano, cioè, di appellarsi alla colpa che l'aggressore dovrebbe accollarsi. Ma il criminale respinge questo appello. L'aggressore non si sente in colpa per quello che ha fatto, ha semplicemente paura e può provare vergogna per il rischio di essere condannato. È un dato di fatto, i tentativi di far sentire i criminali in colpa li fanno arrabbiare e infuriare e spesso questo meccanismo non fa altro che scatenare ulteriore violenza. Quando l'aggressore si allontana dalla scena, questi bisogni della vittima per ridurre i propri sentimenti di impotenza vengono quindi trasferiti al personale chiamato ad intervenire per il crimine commesso, come la polizia. A volte la vittima che è ancora in uno stato passivo di sottomissione ha aspettative inesprese di ridurre i propri sentimenti di impotenza e di dipendenza. L'inconsapevolezza di queste richieste non dichiarate getta le basi per la "seconda offesa". La "seconda offesa" è essenzialmente un rifiuto percepito e la mancanza di supporto previsto da parte della comunità, delle agenzie, del personale curante, della società in generale, nonché della famiglia o degli amici a un individuo che è stato ferito o vittimizzato... Tutti i suoi precedenti sentimenti di sicurezza e di invulnerabilità sono infranti. Inoltre, l'immagine idealizzata di sé stesso come individuo autosufficiente e autonomo è danneggiata. Questi sentimenti di spavento che si verificano anche nelle persone più intraprendenti, portano ad aggrapparsi – ad esempio – al personale ospedaliero, in particolare ai medici curanti. Questa risposta spaventata e dipendente aumenta la sensibilità del paziente alla distanza interpersonale degli altri e può vivere la normale condotta professionale del suo medico come indifferente, impersonale e insensibile»³⁹.

Il nucleo della vittimizzazione secondaria non sta nell'atteggiamento "colposo", rimproverabile o, addirittura, sprezzante – e dunque doloso – verso la vittima ma in un meccanismo relazionale, in una interazione tra l'aspettativa di un riconoscimento della sofferenza e l'atteggiamento professionale dell'operatore costretto a proteggersi dall'incessante richiesta di attenzioni. La formazione, in questo senso, ha un ruolo fondamentale non tanto nel dotare

³⁷ M. Symonds, *Second Injury*, cit.

³⁸ È noto che il disturbo *post-traumatico da stress* è stato inserito nel DSM solo a seguito dell'imponente e diffusa sintomatologia registrata nei militari reduci dalla guerra in Vietnam, benché la conoscenza e lo studio di sindromi *post-traumatiche* fosse ben più risalente.

³⁹ M. Symonds, *Second Injury*, cit, pp. 35-36. Il testo non mi risulta pubblicato in italiano. Mi scuso per tutte le imprecisioni. Questo il testo originale: «many victims tried to reduce their feelings of helplessness by appealing to the criminal. The appeal of helplessness is a relating phenomenon trying to appeal to the guilt of the receiver. The predatory criminal rejects this appeal. Predatory criminals do not feel guilt about what they do, only fear and shame about being exposed. As a matter of fact, attempts to make criminals feel guilty make them angry and enraged and often precipitate further violence.

After the criminal is gone, these needs of the victim to reduce their feelings of helplessness are then transferred to emergency personnel such as the police. Sometimes the victim who is still in a passive state of submission has silent expectations of having their feelings of dependent helplessness reduced. Unawareness of these silent demands lays the groundwork for the "second injury".

The "second injury" is essentially a perceived rejection and lack of expected support from the community, agencies, treating personnel, society in general, as well as, family or friends to an individual who has been injured or victimized. It often follows sudden unexpected helplessness such as hospitalization. Whenever anyone is suddenly hospitalized for injuries or illness certain consistent emotional responses emerge. After the initial shock and disbelief response and realization sets in, the individual becomes frightened. All his past feelings of security, safety and feelings of invulnerability are shattered. In addition, his personal idealized image of himself as a self-sufficient, autonomous individual is damaged. These feelings of fright that occur even in the most resourceful individuals, lead to clinging behavior to hospital personnel, particularly to the treating physicians. This frightened, clinging response heightens the patient's sensitivity to the interpersonal distance of others, and he may experience the ordinary professional conduct of his physician as indifferent, impersonal and unfeeling».

l'operatore di tecniche "empatiche", non sempre innestabili nel "fare" di chi empatico non è, quanto piuttosto nell'educare l'operatore alla consapevolezza di quel meccanismo relazionale.

Non mancano, ovviamente, spiegazioni che tendono ad attribuire la "seconda offesa" da parte di chi dovrebbe aver cura della vittima alla radicata convinzione che, in fondo, la sofferenza della vittima sia ricollegabile ad una sua responsabilità. Paradossalmente lo sguardo colpevolizzante – in simile prospettiva – finirebbe per colpire più la vittima innocente di quella corresponsabile poiché è la prima a smentire l'idea rassicurante che questo mondo sia giusto e che le cose negative capitano solo a coloro che se le meritano⁴⁰. La vittima tanto più se innocente ci disorienta.

Va, in ogni caso fin d'ora, sottolineato come la vittimizzazione secondaria è eventualmente collegata non solo al corso del procedimento penale ma anche alla sua conclusione. Fin dagli inizi degli anni 2000 una ricerca nei confronti di 137 vittime seguite dall'associazione tedesca Weisser Ring⁴¹ evidenziò come una componente importante di vittimizzazione secondaria derivasse dall'esito del procedimento penale: attese vendicative deluse da sanzioni miti, mancato accertamento dei fatti, timori per la sicurezza personale⁴². L'attenzione ai sentimenti della vittima successivamente alla sentenza non dovrebbero essere trascurati, come dimostrano esiti deludenti per le grandi vittime collettive (si pensi alle sentenze in materia di amianto): se infatti nel corso del procedimento penale la cura verso la vittima si presta a contorcimenti della moderna funzione del processo penale in contrasto con l'esigenza di tutelare pienamente i diritti dell'accusato, al termine del processo queste ambivalenze sono destinate a sciogliersi.

9. Protagonismo delle vittime o diritto alla riparazione delle vittime reali della contemporaneità?

Ho detto che la concezione della vittima fatta propria dalla Direttiva è di tipo "generalista". Ciò significa che **la valutazione del rischio è un diritto individuale di ogni vittima: l'individual assessment**⁴³ è un principio indefettibile della Direttiva perché esso non è funzionale solo alla partecipazione della vittima al processo ma risponde anche all'esigenza di rispettare il diritto alla cura e all'assistenza che rientrano nella parte della Direttiva (capo II) di diretta applicazione. (Detto per inciso, la Direttiva si compone di due parti: il capo II indica i diritti individuali della vittima – comprensione, informazione, assistenza, accesso ai servizi – di diretta applicazione⁴⁴ negli ordinamenti nazionali perché non interferiscono con lo svolgimento processuale; il capo III riguarda la partecipazione processuale della vittima e ogni disposizione di questa parte fa salva la compatibilità della norma con la legge nazionale). Direi che questo è il **cuore della direttiva** e ci rivela, contro ogni logica securitaria e vittimaria, come l'obiettivo non sia quello di incrementare

⁴⁰ G. Fanci, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. V, n. 3, 2011, pp. 53 ss. Sulla teoria del credere in un modo giusto si veda M.J. Lerner, *The belief in a just world: A fundamental delusion*, Plenum Press, 1980.

⁴¹ Weisser Ring è un'associazione tedesca con sede a Magonza di assistenza alle vittime di reato. Dispone di più di 400 filiali in tutta la Germania e si avvale di oltre 3000 volontari con una formazione e una qualifica specifica. È finanziata grazie a quote associative, donazioni private e da parte di fondazioni nonché mediante il trasferimento di somme percepite dallo Stato a titolo di sanzioni pecuniarie.

⁴² U. Orth, *Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings*, in *Social Justice Research*, Vol. 15, n. 4, 2002, pp. 313 ss.

⁴³ La valutazione individuale della vittima è prassi corrente nelle strutture di assistenza alle vittime di violenza di genere, domestica e nelle relazioni strette. Ma il principio della valutazione individuale come approccio necessario nei riguardi di qualsiasi vittima di reato è una novità introdotta dalla Direttiva 2012/29/UE come osservato da S. Quattrocolo, *Vulnerabilità e individual assesment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato*, cit., pp. 297 ss.

⁴⁴ Si veda per tutti S. Allegrezza, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in (a cura di) L. Luparia, *Lo statuto europeo*, cit., p. 5.

aspettative punitive o di trasferire nel giudiziario penale i risentimenti dell'offeso ma, al contrario, quello di individuare dei bisogni e di ridurre i danni derivanti dal crimine e dall'impatto con il sistema giudiziario.

Credo che questo sia un punto centrale della discussione filosofica, sociologica, psicologica e giuridica sulla vittima.

Sono ormai numerosi i lavori che convergono nell'analisi preoccupata per il fenomeno-vittima e per la sua acquisita centralità sulla scena pubblica. Diversi autori hanno osservato come oggi le dinamiche dell'oppressione e dello sfruttamento, le forme organizzate delle classi subalterne per modificare la società in nome dell'uguaglianza sarebbero sostituite da un progressivo scivolamento verso la privatizzazione dei conflitti: la vittima sarebbe l'emblema di questa deriva perché mossa da istanze sostanzialmente risarcitorie⁴⁵ senza alcun interesse a cambiamenti nella struttura sociale ed economica. Di più: la vittima si propone come l'eroe del nostro tempo che non solo rafforza i potenti ma, addirittura, offre ai potenti uno schema utile per alimentare il proprio consenso. Atteggiandosi a vittima il potente favorisce l'identificazione con la massa delle persone che, a torto o a ragione, si sentono vittime di una qualche ingiustizia⁴⁶ e ne ottiene, più facilmente, il loro consenso politico.

Anche la cura e la protezione delle vittime – comprese quelle più fragili (ad es. minori stranieri in fuga da guerre) – rappresenterebbero altrettante modalità risarcitorie attente al post-factum ma indifferenti alle cause che generano offese, violenze, ingiustizie.

In questa prospettiva le vittime sarebbero foriere di una sorta di modello privato di giustizia "correttiva" incapace – volutamente o meno – di affrontare la questione fondamentale della redistribuzione del potere e delle disuguaglianze⁴⁷ che stanno alla base delle forme più gravi e diffuse della vittimizzazione. In una frase: lo stesso diritto positivo si sarebbe appropriato con "tanta fretta" della vulnerabilità al solo fine di «costruire forme di soggettività giuridica compatibili con le politiche neoliberali»⁴⁸.

Quest'analisi, per molti versi del tutto condivisibile, soprattutto nella lettura del protagonismo vittimario, nella giuridificazione delle offese e nella privatizzazione delle ingiustizie, alla fine, mi sembra provare troppo e perdersi per strada elementi importanti di riflessione sul piano delle funzioni essenziali di uno Stato responsabile, dei rapporti tra le istituzioni della sicurezza e della cura e dei modi di governare conflittualità non connotate dalla disuguaglianza o da squilibri di potere ma che attentano in modo significativo alla coesione sociale.

Innanzitutto: proprio perché il rischio è quello di una privatizzazione dell'ingiustizia l'indifferenza che dimostrano gli Stati – e quello italiano in particolare – verso la salute e l'integrità psichica delle vittime di reato dovrebbe provocare una reazione esattamente opposta: pretendere dallo Stato riconoscimento della condizione di offeso da un crimine, coordinamento tra le istituzioni della sicurezza e agenzie della cura, monitoraggio e analisi dei bisogni. In realtà è proprio dello Stato securitario il disinteresse verso la condizione reale delle vittime e i loro diritti. Allo Stato securitario interessa unicamente la strumentalizzazione delle istanze vendicative

⁴⁵ S. Vida, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, pp. 479 ss.

⁴⁶ D. Giglioli, *Critica della vittima*, Nottetempo, 2014.

⁴⁷ O. Giolo, *La vulnerabilità neoliberale*, in (a cura di) O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 264.

⁴⁸ *Idem*, p. 267.

della vittima reale per appagare la richiesta di sicurezza della vittima potenziale e alimentare così la spirale della paura come fonte di consenso⁴⁹.

L'attuale protagonismo delle vittime non è solo figlio dell'impresa neoliberale che sarebbe riuscita a sostituire la figura dell'oppresso con quella più manipolabile di vittima. È anche conseguenza di una diversa, trasversale e più diffusa esposizione ai rischi di danni fisici o psichici, di massa o individuali, nella vita lavorativa come in quella ricreativa. Forse uno degli esempi più sintomatici della trasversalità e diffusività dei nuovi rischi di danno è offerto dagli strumenti comunicativi di ogni genere: dalla radio alla televisione, dalla tradizionale carta stampata ai cellulari, dai computer ai luoghi fisici pubblici. Più questi mezzi sono potenti più rispondono all'esigenza di poter prendere la parola, di poter contare, di condizionare e influenzare, più si prestano all'inganno, alla falsità, alla denigrazione, all'odio.

Questa facilità nell'esposizione al rischio di danno – anche solo nelle forme dell'offesa portata dal linguaggio – è rivelatrice di una tangibile e consapevole vulnerabilità che costituisce la rappresentazione più evidente dei sentimenti di insicurezza.

D'altra parte perché mai il tema della vulnerabilità dovrebbe appassionare così profondamente filosofi, sociologi, psicologi e, ora, anche i giuristi? La vulnerabilità contemporanea – e la consapevolezza della nostra vulnerabilità – è la cifra della nostra insicurezza.

Un conto è l'uso strumentale della paura di essere vittima di atti predatori, di essere assediati da migranti in fuga dalla disperazione, di vivere in costante esposizione agli attacchi di un nemico immaginato; altro è osservare, comprendere e individuare risposte alle vittime reali della contemporaneità.

Un conto è la proposta securitaria che innalza il livello dei dispositivi repressivi e alimenta la spirale stessa della paura; altro è affrontare l'insicurezza come occasione riparativa a partire dalla vittima.

Un conto è concepire la vulnerabilità solo come “ferita”; altro è concepirla come «sutura», «proazione volta al cambiamento» (così Thomas Casadei). La valutazione individuale della vittima di reato si presenta allora come un dispositivo capace di non fermarsi alla ferita per passare «all'abilità e al riscatto». Se concepiamo questo approccio alla vittima come destinato a riparare identità e relazioni (e non al solo sviluppo processuale) possiamo immaginarlo come predisposto «alla non accettazione, al dissenso, alla prefigurazione di spazi di resistenza e di nuova costruzione, alla richiesta di visibilità e di (lotte per il) riconoscimento; in altri termini, ad una pratica di non accettazione che si fa indicazione di una prospettiva altra»⁵⁰.

Non è, inoltre, questa del protagonismo della vittima una importante occasione per uscire dalla logica individualistica e mercantilistica della risarcibilità del danno alla persona che domina la discussione giuridica del diritto civile?

10. La valutazione individualizzata.

⁴⁹ Su questi temi si veda, tra gli altri, A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, 2013; L. Pepino, *Prove di paura. Barbari, marginali, ribelli*, EGA, 2015.

⁵⁰ T. Casadei, *La vulnerabilità in una prospettiva critica*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità*, cit., p. 78.

Ma torniamo all'argomento della valutazione individualizzata.

Mentre altrove, da tempo, ci si interroga sul ruolo chiave della valutazione individualizzata, sui criteri e la metodologia da utilizzare, sui soggetti preposti ad effettuarla, sulla fase in cui eseguirla⁵¹, in Italia continuiamo a non comprendere la portata culturale di questa rivoluzione nella considerazione della vittima di reato. La ragione di questa incomprensione sta innanzitutto nell'insistita categorizzazione dei tipi di vittima e, soprattutto, in quelle ritenute particolarmente vulnerabili: questa tendenza è certamente figlia dell'attitudine tutta italiana di rincorrere l'emergenza anziché di programmare gli interventi dello Stato. L'incomprensione dipende anche da un vizio di prospettiva: si tende, cioè, a considerare la vittima solo nel suo ruolo processuale e si teme che la valutazione della vulnerabilità possa compromettere il sistema di garanzie a tutela dell'accusato tutte le volte che una certificazione di vulnerabilità sottragga la vittima al pieno contraddittorio nella formazione della prova.

Senonché la valutazione individualizzata ha anche – se non innanzitutto – una finalità di cura che prescinde dallo svolgimento processuale e che nulla ha a che vedere con un accertamento della capacità a rendere testimonianza. La finalità di cura discende direttamente dal riconoscimento a favore della vittima di bisogni concernenti la sua salute e il suo benessere.

Nella logica securitaria questi aspetti – di cura delle vittime – vengono completamente trascurati nella convinzione che solo la repressione tuteli effettivamente le vittime del futuro e che solo sanzioni esemplari restituiscano equilibrio e sanino le ferite delle vittime attuali.

In questa prospettiva la cura è riservata a chi se la può permettere. Ma soprattutto è lasciata a scelte individuali proprio in situazioni dove domina il sentimento di vergogna e di colpa che impediscono la socializzazione e la comprensione della sofferenza.

La valutazione è tuttavia diversa a seconda del rischio di vittimizzazione. Dobbiamo distinguere – come ho cercato di argomentare nelle pagine precedenti – il rischio di vittimizzazione ripetuta da quello della vittimizzazione secondaria:

- la valutazione individualizzata serve innanzitutto a comprendere **se sussista il pericolo di recidiva o che l'aggressore eserciti la violenza o la minaccia per condizionare la vittima**. Purtroppo in Italia non sono molto diffusi (anche se conosciuti) dei moduli di valutazione di questo tipo di rischio. Il D.P.C.M. del 24.11.2017 in G.U. 30.1.2018 in relazione alle procedure d'intervento sanitario in sede di pronto soccorso – per il cd. Codice Rosa – cita il *Brief Risk Assessment for the Emergency Department* (è composto da cinque item). Alcune associazioni che si occupano di violenza di genere fanno ricorso al S.A.R.A.⁵² (*Spousal Assault Risk Assessment*) decisamente più complesso del primo. Eppure un uso diffuso e corretto di questi strumenti sarebbe estremamente utile nell'adozione delle misure cautelari o pre-cautelari anche per il vaglio successivo della fondatezza delle misure stesse.
- Ma la valutazione individualizzata è estremamente utile anche rispetto ai **rischi di vittimizzazione secondaria**. In questo caso non si tratta di proteggere la vittima da un rischio esterno al processo ma dal rischio che il processo stesso, il contatto con le figure che animano la procedura sia fonte di danno per la persona offesa e di alterazione della funzione stessa del

⁵¹ Si vedano le linee guida del Ministero della Giustizia francese in cooperazione con l'INAVEM (ora France Victime), la Scuola della magistratura francese, il Crown Prosecution Service (UK), il Ministero della Giustizia polacco, il Segretariato Generale dell'Amministrazione della Giustizia spagnolo, l'Associazione per le vittime APAV portoghese e il GIP-JCI francese riportate nel documento *EVVI (EValuation of VIctims)*.

⁵² Si veda in particolare il lavoro della compianta A.C. Baldry, *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, Franco Angeli, 2016.

processo di accertamento dei fatti, soprattutto quando esso dipenda dal dichiarato della vittima. In questo caso, però, la valutazione è doppiamente più complessa perché non si riduce ad una raccolta anamnestica (eseguibile anche da personale non specializzato) ma presuppone conoscenze quantomeno di ordine psicologico e l'esito di tale valutazione può potenzialmente interferire con le contrapposte esigenze di tutela dell'accusato.

Nella prospettiva processuale la valutazione individualizzata di entrambi i tipi di rischio è funzionale all'adozione di misure protettive:

- a. nel caso di rischi di vittimizzazione ripetuta, da intimidazioni o ritorsioni le misure di protezione sono quelle tipiche indicate dal codice di procedura penale (pre-cautelari e cautelari o di sicurezza): eccezionalmente di tipo amministrativo come avviene con l'ammonimento per il reato di atti persecutori⁵³.
- b. Nel caso di rischi di vittimizzazione secondaria la Direttiva 2012/29/UE propone un vero e proprio catalogo di misure di protezione che merita di essere preso in considerazione per vagliare la loro trasposizione nel nostro ordinamento.

11. Le misure di protezione.

Un punto va subito chiarito: la maggior parte di esse (artt. 20 e 23 della Direttiva) sono del tutto indolori per l'accusato e innocue per le garanzie processuali che lo debbono assistere. Altre misure (art. 23 c. 3 lett. *a*) e *b*) corrispondenti ai nostri artt. 398 comma 5 quater e 498 comma 4 *quater* c.p.p.) sono invece potenzialmente lesive della garanzia del pieno contraddittorio.

In particolare, nel corso delle indagini (art. 20), **tutte le vittime** hanno diritto alla protezione:

- ad essere sentite senza indebito ritardo;
- a che le audizioni siano limitate al minimo;
- a che la vittima possa essere accompagnata da persona di fiducia;
- a che siano fatte le visite mediche strettamente necessarie al procedimento penale **così come tutte le vittime (art. 22) – e questo lo abbiamo già anticipato – hanno diritto ad una valutazione individuale in ragione di eventuali specifiche esigenze di protezione.**

Si tratta, come si vede, di misure di protezione che non interferiscono con le garanzie dell'accusato: sono semplicemente delle misure di civiltà giuridica.

Ovviamente la Direttiva non trascura l'esistenza di **vittime che esigono maggiore attenzione rispetto alle altre**: *i*) coloro che hanno subito un notevole danno a motivo della gravità del reato; *ii*) le vittime di reati motivati da pregiudizio e discriminazione; *iii*) le vittime che si trovano particolarmente esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell'autore del reato (reati nelle relazioni strette).

Solo quando entriamo nella categoria delle vittime con specifiche esigenze di protezione, che possiamo tradurre con il linguaggio del nostro legislatore in vittime particolarmente

⁵³ Art. 8 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38, così come modificato dall'art. 1, comma 4 del d.l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, nella l. 15 ottobre 2013, n. 119.

vulnerabili, possiamo intravedere rischi di frizione con il sistema delle garanzie a favore dell'accusato.

Queste, dunque, sono le misure di protezione che possono essere adottate per le vittime particolarmente vulnerabili (art. 23):

Durante le *indagini*:

- a. le audizioni della vittima si devono svolgere in locali appositi o adattati allo scopo;
- b. le audizioni della vittima devono essere effettuate da o tramite operatori formati a tale scopo;
- c. tutte le audizioni della vittima devono essere svolte dalle stesse persone, a meno che ciò sia contrario alla buona amministrazione della giustizia;
- d. tutte le audizioni delle vittime di violenza sessuale, di violenza di genere o di violenza nelle relazioni strette, salvo il caso in cui siano svolte da un pubblico ministero o da un giudice, sono svolte da una persona dello stesso sesso della vittima, qualora la vittima lo desideri, a condizione che non risulti pregiudicato lo svolgimento del procedimento penale.

Come si vede non una di queste misure confligge con il pieno diritto al contraddittorio dell'accusato e al pieno rispetto del giusto processo.

Durante il *processo* la valutazione di particolare vulnerabilità può condurre all'adozione di:

- a. misure per evitare il contatto visivo fra le vittime e gli autori dei reati, anche durante le deposizioni, ricorrendo a mezzi adeguati fra cui l'uso delle tecnologie di comunicazione;
- b. misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione;
- c. misure per evitare domande non necessarie sulla vita privata della vittima senza rapporto con il reato;
- d. misure che permettano di svolgere l'udienza a porte chiuse.

Tutte queste misure di protezione – pur trattandosi di misure che possono attentare ai diritti della difesa – hanno una disciplina positiva nel nostro codice di procedura penale. Nessun potenziale conflitto può dunque emergere tra Direttiva e legislazione nazionale.

12. Tre domande: chi, quando e come valutare la (particolare) vulnerabilità.

Dove sta il problema, allora? Perché un problema c'è ed è anche piuttosto vistoso. Il problema si può esprimere con tre semplici domande.

Chi effettua la valutazione di (particolare) vulnerabilità? Quando deve essere fatta la valutazione? Come viene fatta la valutazione?

12.1. Chi effettua la valutazione?

La Direttiva con il considerando 61 non precisa quali siano le persone preposte alla valutazione individuale ma precisa che polizia e personale giudiziario debbano avere una formazione specifica per tale valutazione. L'art. 9 della Direttiva attribuisce ai servizi di

assistenza alle vittime – laddove ci sono – di fornire consigli relativi al rischio e alla prevenzione della vittimizzazione.

Per quanto la Direttiva non affidi espressamente alle forze dell'ordine compiti di valutazione della vulnerabilità, trapela dal testo una certa fiducia nei loro confronti. Una fiducia certamente ben riposta se si fa riferimento, ad esempio, alla polizia inglese che riceve una specifica formazione al riguardo e apposite linee guida nel riconoscere e nel trattare vittime e situazioni di vulnerabilità⁵⁴. Al momento attuale non è invece proponibile in Italia un'investitura delle nostre forze dell'ordine per effettuare analisi che richiedono, quantomeno, un'infarinatura di nozioni psicologiche e vittimologiche e, soprattutto, una costante supervisione dei casi trattati⁵⁵. Anche l'accademia sconta qualche lacuna culturale ed esperienziale se arriva a suggerire che “per evitare che la condizione di vulnerabilità emerga dopo che la vittima sia stata sentita senza gli opportuni accorgimenti, si deve ritenere che sia onere pressoché esclusivo di quest'ultima fornire – e al più presto – tutti gli elementi necessari per il giudizio di vulnerabilità all'autorità procedente”⁵⁶. Insomma: la vittima dovrebbe autoanalizzarsi e offrire all'autorità quegli elementi di giudizio che il sistema affida a terzi proprio a causa della vulnerabilità della persona offesa. La l. 19 luglio 2019, n. 69 (meglio nota come Codice rosso) si preoccupa (art. 5) della formazione obbligatoria della Polizia di Stato, dei Carabinieri e del Corpo di Polizia penitenziaria. I contenuti saranno definiti con un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri ma, ancora una volta, si circoscrive l'attenzione solo ad una particolare tipologia di vittime, quelle della violenza domestica e di genere.

Per questi reati la legge sul Codice rosso attribuisce al PM il compito di assumere informazioni dalla persona offesa o da chi ha presentato la denuncia entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato. Qual è lo scopo di questa accelerazione tenuto conto che il termine non è perentorio e che, se lo fosse, le Procure della Repubblica collasserebbero in poco tempo? È ovvio che si tratta dell'ennesimo legge-manifesto, inefficace nella sostanza ma buona, soprattutto, per puntare il dito contro il sostituto procuratore di turno cui sia toccato in sorte un caso finito tragicamente e che non abbia potuto o voluto rispettare quel termine così ravvicinato.

Sarebbe stato più utile, invece, creare un dispositivo incentrato sulla specializzazione di alcuni reparti operativi chiamandoli al delicato compito, già al momento della denuncia o immediatamente dopo di essa, di effettuare una prima valutazione del rischio di vittimizzazione ripetuta: in questo modo il PM verrebbe messo, immediatamente e in modo competente, nelle condizioni di richiedere o meno quegli indispensabili mezzi di protezione che vanno sotto il nome di misure cautelari.

Anche i servizi di assistenza (laddove esistono) sono chiamati a effettuare valutazioni sulla vulnerabilità. Poiché però questi servizi sono per definizione (art. 8 della Direttiva) riservati e la valutazione è finalizzata a dare dei consigli alla vittima (per dare un consiglio si fa inevitabilmente una valutazione) non credo che tale valutazione possa fare oggetto di una successiva utilizzazione procedimentale e, tantomeno, processuale. Certo: qui potremmo domandarci se la natura riservata del servizio di assistenza consenta all'operatore di opporre, anche, il segreto professionale ai sensi dell'art. 200 lett. d) c.p.p. in mancanza di una espressa disciplina del ruolo di operatore per

⁵⁴ Si legga, a mero titolo di esempio, le linee guida del College of Policing istituito nel 2012 in UK, *Recognising and responding to vulnerability related risks Scope of practice guidelines*, version 2.1.

⁵⁵ H. Belluta, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 luglio 2016, p. 33, ha sottolineato l'importanza di una specifica formazione per gli operatori di polizia e pubblici ministeri.

⁵⁶ S. Quatrocchio, *Vulnerabilità*, cit., in M. Bargis e H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato*, cit., p. 318.

l'assistenza alle vittime di reato. Se così fosse la valutazione dell'operatore – anche se fatta ai fini extraprocessuali – non potrebbe entrare nel processo neppure sotto forma di testimonianza.

I lavori preparatori indicano che, con il parere espresso dalla Camera dei Deputati⁵⁷, era stato chiesto al governo di inserire un vero e proprio decreto del PM dichiarativo della particolare vulnerabilità della vittima. La richiesta non venne accolta.

Gli artt. 351 e 362 c.p.p., a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 2015, n. 212 di attuazione della Direttiva 2012/29/UE, attribuiscono in effetti un potere al PM di nominare un esperto nelle discipline psicologiche e psichiatriche da affiancare alla p.g. o allo stesso PM quando si assumano sommarie informazioni della vittima particolarmente vulnerabile. È anche vero, però, che se si nomina un esperto per presenziare alle sommarie informazioni testimoniali della persona offesa è perché una valutazione precedente è stata fatta. Tale nomina è scontata se la persona da esaminare è minorenni perché, sia nel sistema della Direttiva (art. 22 comma 4, c.p.p.) sia nel sistema del nostro codice (artt. 398 e 498 c.p.p.), la sua particolare vulnerabilità è presunta. Nel caso di un maggiorenne, no. Ovviamente il PM ben potrà richiedere all'esperto che esprima una valutazione sull'esistenza di specifiche esigenze di protezione in vista dei successivi sviluppi del processo.

In sintesi: la valutazione del rischio di vittimizzazione ripetuta dovrebbe tendenzialmente essere affidata alle forze dell'ordine mentre quella del rischio di vittimizzazione secondaria dovrebbe essere riservata ad un esperto chiamato dalle parti nel corso del procedimento penale.

12.2. Quando si effettua la valutazione?

Il considerando 55 della Direttiva dice che la valutazione deve essere effettuata al più presto. Ho già detto che la valutazione effettuata dai servizi di assistenza può certamente essere utile nella funzione di cura della vittima per l'adozione di quelle misure di protezione esterne al processo (sostegno emotivo, inserimento in casa rifugio, informazione sui diritti). Va ricordata, a questo proposito, una disposizione fondamentale della Direttiva (non decisiva ai nostri fini ma importante): secondo l'art. 8 u.c. della Direttiva gli Stati membri assicurano l'accesso a qualsiasi servizio di assistenza alle vittime anche se non è stata presentata denuncia di reato. Dunque, la vittima gode di una serie di diritti individuali di cura e protezione che prescindono dalla denuncia formale: ciò conferma che nella prospettiva della Direttiva la condizione di vittima non è ritagliata sulla base di un reato: anche qui dovremmo cogliere l'importanza culturale di questo approccio e della scelta lessicale del concetto di "vittima". I diritti della vittima non sono inquadrati solo in senso processual-penalistico e si sottraggono ad una logica punitiva-repressiva.

Ovviamente, una volta iniziato il procedimento penale, la valutazione potrà essere fatta sia nella fase delle indagini sia a maggior ragione davanti al giudice terzo, vuoi in sede di incidente probatorio, vuoi nel corso del dibattimento.

Data la delicatezza dei risvolti processuali l'autorità giudiziaria e l'avvocatura dovrebbero farsi parte diligente nella creazione di protocolli finalizzati all'*individual assessment* della vittima di reato tutte le volte che emergano elementi sintomatici della (particolare) vulnerabilità, potendo contare su un "albo" di esperti locali da incaricare in previsione della testimonianza – possibilmente unica – della vittima. In questo senso la fase delle indagini mediante la richiesta

⁵⁷ Si veda il parere pubblicato in *Diritto penale contemporaneo*, 29 gennaio 2016.

dell'incidente probatorio dovrebbe essere il momento privilegiato per la valutazione di vulnerabilità.

12.3. Come si effettua la valutazione?

Il considerando 61 della Direttiva fa espresso riferimento alla necessità di una formazione specifica in campo psicologico. E non c'è dubbio che la vulnerabilità sia una nozione che – nel contesto vittimologico – appartiene alla psicologia e dovrebbe essere indagata da esperti. Soprattutto nella prospettiva del rischio di vittimizzazione secondaria si presenta come un aspetto della capacità a testimoniare senza sovrapporsi ad essa: è qualcosa di meno della capacità a testimoniare perché non richiede tutti gli accertamenti relativi alla presenza di problemi psichici, di comprensione verbale, alla qualità della memoria e alla capacità di procedere ad esame di realtà; è qualcosa di più perché non è funzionale alla sola testimonianza ma l'indagine è volta a proteggere in senso pieno la persona.

La vulnerabilità è concetto relativo e dinamico che implica la possibilità di una rivalutazione nel corso del processo. Ovviamente il rischio è che anche la fase della valutazione si presti ad occasioni di vittimizzazione quanto più la persona offesa diventi oggetto passivo di studi di laboratorio.

Sono rimasto piuttosto deluso dall'assenza totale di considerazione della vittima nel Manifesto dell'Unione delle Camere Penali Italiane recentemente uscito: la parola vittima è stata citata solo per ricordare che se «nel momento del reato il soggetto debole è la vittima... nel momento del processo il soggetto debole è l'imputato»⁵⁸. Quindi, la vittima ne resti fuori.

Io sono, invece, convinto che la riemersione della vittima rappresenti una sfida che deve essere accettata per ridefinire i rapporti tra il sistema di giustizia penale e i sistemi di cura (che non riguardano solo la vittima ma anche gli accusati e i condannati). Una risposta individualizzata alla vittima può segnare una trasformazione benigna dello stesso sistema penale. La vittima non può essere lasciata sola e la protezione dal rischio di vittimizzazione è esattamente la strada che ci permette di evitare una trasformazione maligna nei sentimenti di vittimizzazione che la renderebbe preda delle sirene securitarie.

Ciò significa dare un posto al dolore.

Judith Bulter ha scritto, subito dopo la tragedia dell'11 settembre, contro la corsa alla guerra, in "Vite precarie":

«molti credono che il dolore ci riporti a una dimensione privata, ci confini nella solitudine e, in questo senso, sia depoliticizzante. Ma io credo che il dolore dia vita a un senso complesso di comunità politica, e sia in grado di fare ciò innanzitutto evidenziando quei legami e quelle relazioni necessari a teorizzare ogni forma di dipendenza fondamentale e di responsabilità etica»⁵⁹.

Inutile dire che la dipendenza di cui parla J. Butler sta proprio ad indicare il volto positivo, intrinseco all'umana natura, che connota la vulnerabilità: solo il riconoscimento – e non la

⁵⁸ Cfr. Unione delle camere penali italiane, *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, presentato a Milano, 10 e 11 maggio 2019 (principio n. 22).

⁵⁹ J. Butler, *Vite precarie*, cit., p. 42.

negazione – del nostro essere dipendenti e vulnerabili costituisce il presupposto necessario per il riscatto dalle offese.

Bibliografia.

- S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012.
- A. C. Baldry, *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio di recidiva e dell'uxoricidio*, Franco Angeli, 2016.
- M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017.
- H. Belluta, *il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni (comunitarie) e aporie nazionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4 luglio 2016.
- V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Wolters Kluwer Cedam, 2018.
- J. Butler, *Vite precarie, Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, Meltemi, 2004.
- M. Cagossi, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *Diritto penale contemporaneo*, 19 gennaio 2016.
- T. Casadei, *La vulnerabilità in una prospettiva critica*, O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci editore, 2018.
- A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Feltrinelli, 2013.
- R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, pp. 35-36.
- L. Corso, *Vulnerabilità, giudizio di costituzionalità e sentimentalismo*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, pp. 57 ss.
- P. Costanzo, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Giappichelli, 2016, pp. 1 ss.
- E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, VII, n. 2, 2018, pp. 13 ss.
- G. Fanci, *La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari*, in *Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza*, Vol. V, n. 3, 2011, pp. 53 ss.
- M.A. Fineman, *Il soggetto vulnerabile e lo Stato responsabile*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada: esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012, pp. 59 ss.
- D. Giglioli, *Critica della vittima*, Nottetempo, 2014.
- O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, If Press, 2018, pp. 141 ss.
- O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci editore, 2018.
- A. Grompi, *V come vulnerabilità*, Cittadella Editrice, 2017.
- M.J. Lerner, *The belief in a just world: A fundamental delusion*, Plenum Press, 1980.
- E. Lévinas, *Umanesimo dell'altro uomo*, Il Melangolo, 1998.
- E. Lévinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Jaka Book, 2011.
- L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Wolters Kluwer, 2015.
- C. Mackenzie, W. Rogers, S. Dodds (a cura di), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, 2014.

- G. Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in O. Giolo, B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci editore, 2018, pp. 13 ss.
- A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 maggio 2016.
- U. Orth, *Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings*, in *Social Justice Research*, Vol. 15, n. 4, 2002, pp. 313 ss.
- L. Pepino, *Prove di paura. Barbari, marginali, ribelli*, EGA, 2015.
- A. Pinto, *Vulnerabilità: come trasformare il dato ontologico in categoria politica?*. in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, If Press, 2018, pp. 49 ss.
- S. Quattrocchio, *Vulnerabilità e individual assesment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017, pp. 297 ss.
- L. Re, *Introduzione. La vulnerabilità fra etica, politica e diritto*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, If Press, 2018, pp. 7 ss.
- S. Recchione, *Le vittime da reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29/UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo*, 25 febbraio 2015.
- S. Recchione, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 16 gennaio 2017.
- P. Ricoeur, *Autonomie et vulnérabilité*, in *Le juste 2*, Editions Esprit, 2001, pp. 86-87.
- A. Roiati, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale delle differenziazioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1 giugno 2016.
- C. Sautereaux, *Répondre à la vulnérabilité. Paul Ricoeur et les Ethiques du care en dialogue*, in *Revue de la philosophie française et de langue française*, Vol. XXIII, n.1, 2015, pp. 1 ss.
- M. Symonds, *Second Injury to Victims*, in *Evaluation and Change* (Special Issue), 1980, pp. 36 ss.
- D.M. Taramundi, *Un nuovo paradigma per l'uguaglianza. La vulnerabilità tra condizione umana e mancanza di protezione*, in M.G. Bernardini, B. Casalini, O. Giolo, L. Re (a cura di), *Vulnerabilità, etica, politica, diritto*, If Press, 2018, pp. 179 ss.
- M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 1 aprile 2018, pp. 555 ss.
- S. Vida, *Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, pp. 479 ss.
- M. A. Young, *A History of the Victims Movement in the United States*, in *Resources Material Series*, n. 70, 2006, pp. 69 ss.
- S. Zirulia, *Art. 2 Diritto alla vita*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2016, pp. 39 ss.
- S. Zirulia, F. Cancellaro, *Caso Sea Watch: cosa ha detto e cosa non ha detto la Corte di Strasburgo nella decisione sulle misure provvisorie*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 giugno 2019.

Intervista

— Questioni di fine vita. Intervista a Paolo Della Sala

Domande in tema di non punibilità dell'aiuto al suicidio alla luce della recente decisione della Corte costituzionale (udienza del 25 settembre u.s.)*

End of life issues. Interview with Paolo Della Sala

Questions regarding impunity for assisted suicide in light of the recent decision by the Constitutional Court (hearing on 25 September last)

Di Alessia Palumbo, Paolo Della Sala

Abbiamo chiesto a Paolo Della Sala, Avvocato del Foro di Milano, già Professore a contratto in Diritto Processuale Penale presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano, di illustrarci il suo punto di vista professionale sulla recente statuizione della Consulta in materia di non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni.

Nel comunicato diffuso dall'ufficio stampa della Consulta il 25 settembre a valle dell'udienza si legge: «la Corte ha ritenuto non punibile ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, a determinate condizioni, chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di un paziente tenuto in vita da trattamenti di

* Lo scorso 25 settembre, la Corte costituzionale si è riunita in camera di consiglio per esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'assise di Milano sull'articolo 580 del Codice penale riguardanti la punibilità dell'aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita.

sostegno vitale e affetto da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che egli reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»².

Dal Suo punto di vista professionale, quali sono le principali implicazioni della suddetta decisione, sia sotto il profilo teorico sia a livello pratico?

La soluzione adottata dalla Corte, pur di portata generale, è, inevitabilmente, influenzata dalla vicenda di Fabiano Antoniani così che i principi affermati nella sentenza paiono calibrati sul caso oggetto della decisione.

Potendomi giovare delle [motivazioni della sentenza \(n. 242 del 2019\)](#), depositate lo scorso 22 novembre, rilevo che la Corte costituzionale si è posta nell'alveo del percorso già elaborato dalla giurisprudenza (v. fra l'altro, i casi di Piergiorgio Welby o di Eluana Englaro) i cui principi erano stati già recepiti dalla [legge 219 del 2017](#). La recente sentenza della Corte, infatti, invita il legislatore a disciplinare una **procedura medicalizzata** che consenta di accedere alla pratica del suicidio assistito alle persone che si trovino in condizioni **fisiche e psicologiche** assimilabili, concettualmente, a quelle in cui versava Fabiano Antoniani.

In particolare, si afferma che per ritenere scriminata la condotta di agevolazione al suicidio di una persona sia necessario che il «proposito suicidario sia autonomamente e liberamente formatosi», che questa sia tenuta in vita da «trattamenti di sostegno vitale» e sia affetta da una «patologia irreversibile», fonte di «sofferenze fisiche e psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli».

Per giungere a riconoscere questa circoscritta area di liceità la Corte, lungi dall'affermare il diritto di morire, anzi negandolo a gran voce³, pare piuttosto aver valorizzato il diritto di non soffrire quale corollario dell'autodeterminazione terapeutica che trova suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost⁴.

Invero, già con l'introduzione della legge sulle cure palliative⁵ si è avvalorata l'idea secondo cui il paziente non è oggetto del curare ma appunto soggetto la cui individualità e identità vanno salvaguardate. La legge, infatti, definisce il trattamento del dolore e – più in generale –

² Il comunicato è accessibile a [questo link](#).

³ Nella sentenza in commento, si legge: ««dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato, del resto, da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*)» (ordinanza n. 207 del 2018)».

⁴ Si condivide la posizione di chi ha lucidamente affermato che la Corte ha inteso non già legittimare «un diritto a morire con dignità quanto piuttosto un diritto alla piena dignità anche nella morte e nel far ciò ha accolto la massima declinazione della tutela della dignità umana». Così C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre 2018.

⁵ Con particolare riferimento al dolore legato alla malattia del cancro, l'OMS ha definito le cure palliative «[...] un approccio che migliora la qualità della vita dei pazienti e delle famiglie che si confrontano con i problemi associati a malattie mortali, attraverso la prevenzione e il sollievo dalla sofferenza per mezzo dell'identificazione precoce, dell'impeccabile valutazione e del trattamento del dolore e di altri problemi fisici, psicosociali e spirituali. Le cure palliative: danno sollievo al dolore e agli altri sintomi che provocano sofferenza; sostengono la vita e guardano al morire come a un processo naturale; non intendono né affrettare né posporre la morte; integrano aspetti psicologici e spirituali nell'assistenza al paziente; offrono un sistema di supporto per aiutare il paziente a vivere quanto più attivamente possibile fino alla morte; offrono un sistema di supporto per aiutare la famiglia a far fronte alla malattia del paziente e al lutto; utilizzano un approccio di *équipe* per rispondere ai bisogni del paziente e della famiglia, incluso, se indicato, il *counselling* per il lutto; migliorano la qualità della vita e possono anche influenzare positivamente il decorso della malattia; sono applicabili precocemente nel corso della malattia insieme con altre terapie che hanno lo scopo di prolungare la vita, come la chemioterapia e la radioterapia, e comprendono le indagini necessarie per una miglior comprensione e un miglior trattamento delle complicazioni cliniche che causano sofferenza». Così, World health organization, *WHO Definition of Palliative Care*, 2002.

della sofferenza soggettiva una terapia a tutti gli effetti, verso la cui cura è imposto il dovere del medico di curare⁶.

L'inclusione nel concetto di salute dell'aspetto soggettivo e psicologico parrebbe aver spinto la Corte a includere nel concetto di terapia anche un sostegno farmacologico che possa, a condizioni date, determinare una accelerazione del decorso clinico portando il paziente ad un *exitus* cui comunque sarebbe pervenuto in caso di sedazione profonda, sebbene con tempistiche più dilatate. Ciò vorrebbe dire che, ai fini giuridici, debba considerarsi trattamento terapeutico non solo ciò che consenta al paziente di mantenere le funzioni vitali ma anche ciò che lo induca in via definitiva a liberarsi dal dolore e a morire con **tempistiche contratte** rispetto a quelle previste dalla normativa di cui alla legge 219/2017.

Tale prospettiva interpretativa è resa palese nella parte della sentenza in cui si afferma che «[...] entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce per limitare ingiustificatamente nonché irragionevolmente la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, **comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze**, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita».

Ed infatti, la somministrazione di un trattamento che potremmo definire di tipo "farmacologico rafforzato" rispetto a quello oggi previsto, varrebbe, in verità, come alternativa terapeutica per quei soggetti che «[...] già potrebbero lasciarsi morire mediante la rinuncia a trattamenti sanitari necessari alla loro sopravvivenza, ai sensi dell'art. 1, comma 5» della legge n. 219 del 2017 con la somministrazione, prevista dell'articolo 2 della medesima legge, di una terapia del dolore e l'accesso alla sedazione palliativa profonda e continua.

Parrebbe dunque di capire, che, allo stato, la Corte, ancorandosi agli artt. 1 e 2 della legge 219/2017, abbia inteso circoscrivere la somministrazione di quel "trattamento farmacologico rafforzato" alle situazioni in cui attualmente è legittimo attivare una sedazione profonda: si tratta delle ipotesi di imminenza della morte ovvero di trattamento di un sintomo refrattario⁷ «nel periodo che inizia quando l'aspettativa di vita del malato viene giudicata compresa tra poche ore e pochi giorni secondo la valutazione del medico, d'intesa con l'*équipe* curante»⁸. In tal senso, ben si comprende che il suicidio assistito di cui si tratta varrebbe a determinare la morte in misura sensibilmente accelerata rispetto a quanto avverrebbe con la mera interruzione dei trattamenti necessari alla sopravvivenza e la contestuale sedazione palliativa.

⁶ Sul punto cfr. A. Vallini, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del "fine vita"*, in *Riv. It. di Medicina Legale*, 2016, pp. 1139 ss.

⁷ Il Comitato Nazionale Bioetica, facendo propria la definizione di refrattarietà del sintomo delle *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/sedazione palliative*, lo definisce come quel sintomo «che non è controllato in modo adeguato, malgrado sforzi tesi a identificare un trattamento che sia tollerabile, efficace, praticato da un esperto e che non comprometta lo stato di coscienza. Tra i sintomi refrattari più frequenti ricordiamo la dispnea, il dolore intrattabile, la nausea e il vomito incoercibili, il delirium, l'irrequietezza psico-motoria, il *distress* psicologico o esistenziale. All'interno di questa definizione si possono rimarcare alcune condizioni indispensabili. In tutte le situazioni cliniche che richiedono la sedazione profonda è di fondamentale importanza verificare prima l'effettiva refrattarietà del sintomo valutando che: a) il suo controllo non possa avvenire attraverso un dosaggio adeguato e proporzionato di farmaci (il più basso livello di sedazione in grado di risolvere il sintomo refrattario, con le minime conseguenze collaterali negative); b) ogni diverso o ulteriore intervento terapeutico non farmacologico non è in grado di assicurare entro un tempo accettabile sollievo al paziente o un sollievo tale da rendere tollerabile la sofferenza. Da tale diagnosi dipende sia l'appropriatezza clinica sia quella etica della scelta. Pertanto lo stato di refrattarietà di un sintomo deve essere accertato e monitorato da una *équipe* esperta in cure palliative di cui facciano parte medici, infermieri, psicoterapeuti». Così, CNB, *Sedazione palliativa profonda continua nell'imminenza della morte*, 26 gennaio 2016, p. 7.

⁸ In tal senso, si veda Società Italiana di Cure Palliative (SICP), *Raccomandazioni della SICP sulla sedazione terminale/sedazione palliative*, 2007, p. 10; anche CNB, *Sedazione palliativa*, cit., p. 7.

Ma questa accelerazione, ed è un punto fondante della decisione, non ha una incidenza causale sulla **direzione** del decorso clinico, bensì semplicemente sulla sua “velocità”. In sintesi, ragionando in termini lineari, è una forza che si innesta su una direzione senza mutarne l’orientamento.

Il “soggetto passivo” avrebbe dunque la libertà di scegliere tra l’interruzione dei trattamenti sanitari (anche salvavita) con ricorso alla «sedazione terminale»⁹ (palliativa), e quella che mi verrebbe da definire «sedazione fatale» che, riprendendo le parole della Corte, valga invece a sottrarlo «al decorso più lento conseguente all’anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

Le due modalità di sedazione, così come appena intese, si discostano concettualmente l’una dall’altra solo (e non è differenza da poco) nella parte in cui il decorso naturale viene, per così dire, facilitato con ciò comportando il passaggio da una posizione “passiva” ad una più “attiva”. Ho trovato assai efficace l’affermazione secondo cui «con l’attivazione di una sedazione palliativa profonda e continua [...], ad essere indotta è la cessazione dell’individuo, della sua identità e capacità di relazione ed interazione, mentre a sopravvivere, benché per poco ancora, è il mero organismo con le sue funzioni vegetative: in altri termini, l’uomo muore sia con l’iniezione letale sia con la sedazione, con l’unica differenza che, nella seconda ipotesi, rimane la pianta»¹⁰.

Marco Cappato, a seguito della pronuncia della Consulta, ha rilasciato, tramite social network, la seguente dichiarazione: «la Consulta ha deciso [...]. Da oggi siamo tutti più liberi».

Qual è la Sua opinione in merito alla suddetta affermazione?

Privare una persona nelle condizioni di Fabiano Antoniani della possibilità di scegliere la tempistica utile a porre fine alle proprie sofferenze non era ragionevole. Si può ritenere, tuttavia, che ciò non rappresenti né debba rappresentare l’esercizio di una libertà intesa in senso assoluto.

La drammaticità e complessità delle vicende che la prassi si troverà ad affrontare impone cautela.

«Siamo tutti più liberi» è una giustificata manifestazione di entusiasmo da parte di chi è stato sofferto protagonista della vicenda. Ma non deve essere, a mio avviso, la sintesi di una riflessione condivisa a livello generale poiché avere una astratta possibilità di scelta rivela, in questo caso, tutta la sua drammatica relatività.

Anche una visione laica di queste tematiche impone grande prudenza, soprattutto poiché ci si può trovare di fronte a persone vulnerabili indotte a dover fare un’intima valutazione che tenga conto delle esigenze umane, familiari, sociali e della percezione che ciascuno ha di sé e delle persone a sé vicine.

⁹ Il CNB ha criticato l’espressione “sedazione terminale” «per l’equivocità e l’imprecisione che veicola e propone la terminologia “sedazione palliativa profonda continua nell’imminenza della morte” per indicare la somministrazione intenzionale di farmaci, alla dose necessaria richiesta, per ridurre fino ad annullare la coscienza del paziente, allo scopo di alleviare il dolore e il sintomo refrattario fisico e/o psichico, intollerabile per il paziente, in condizione di imminenza della morte». Cfr. CNB, *Sedazione palliativa*, cit., p. 7.

¹⁰ Cit. S. Cacace, *La sedazione palliativa profonda e continua nell’imminenza della morte: le sette inquietudini del diritto*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, fasc. 2, 1 aprile 2017, p. 469.

La facoltà ora prevista consente a soggetti che si trovino in condizioni drammatiche di esercitare un'opzione "in più", ma solo un attento monitoraggio della modalità di formazione della volontà, anche in relazione al contesto personale, familiare e sociale in cui matura, renderà questa possibilità una opzione effettiva e non una scelta "incatenata", per esempio, al senso di "essere un peso": bisogna, cioè, prestare attenzione allo scivolamento (la famosa "*slippery slope*") verso una "aspettativa" di scelta che trasformerebbe una opzione in più in una "prigionia decisionale".

Ciò dico perché istintivamente collego il concetto di "libertà" alle espressioni più gioiose della vita mentre, in questo caso, i fattori che condizionano la condivisibile opportunità messa a disposizione dei malati sono molteplici, drammatici e, per certi aspetti, "vincolanti".

Per espressa statuizione formulata dalla Corte costituzionale nel comunicato stampa di cui sopra, la decisione in ordine alla non punibilità dell'aiuto al suicidio a determinate condizioni deve ritenersi valida «nell'attesa di un indispensabile intervento del legislatore» volto a disciplinare la materia del fine vita.

Quali sono, a Suo avviso, i principali aspetti e i profili critici sui quali l'eventuale intervento legislativo dovrebbe focalizzare maggiormente l'attenzione?

In primo luogo un aspetto che certamente dovrà essere vagliato dal legislatore concerne la necessità di seguire il monito della Corte e garantire uniformità di accesso alle cure palliative. Si deve, infatti, evitare che si tratti di una scelta obbligata e non già una effettiva ponderazione tra le alternative terapeutiche volte a porre fine in via definitiva al dolore. La Corte ha in proposito lucidamente osservato come debba essere sempre garantita al paziente un'appropriata terapia del dolore e «l'accesso alle cure palliative previste dalla legge n. 38 del 2010 e ciò considerando che l'accesso alle cure palliative, ove idonee a eliminare la sofferenza, spesso si presta, infatti, a rimuovere le cause della volontà del paziente di congedarsi dalla vita».

Un primo spunto, dunque, deriva anche da come si possa determinare la scelta più opportuna per il singolo, posto che, detta rozzamente, tra "morire subito" e "morire poco dopo" in una situazione di incoscienza o di incoscienza cui si pervenga attraverso fasi intermedie, sembra ben possibile che, in alcuni ambiti culturali, si dia privilegio alla soluzione più veloce non solo da parte del malato ma, anche, quale implicita aspettativa, da parte del suo ambito di riferimento.

In secondo luogo meriterebbe di essere chiarito, e sul punto è auspicabile una presa di posizione del legislatore, se l'alternativa prospettata possa essere oggetto anche di disposizioni anticipate di trattamento. Le condizioni richieste dalla Corte, in verità, sembrerebbero sbarrare questa possibilità nella misura in cui si richiede che l'interessato conservi il dominio sull'atto finale che innesca il processo letale. Tuttavia laddove si consenta di rifiutare le cure con sedazione profonda anche mediante le DAT (art. 4 legge 219/2017), si potrebbe estendere tale disciplina anche al suicidio assistito con un consenso espresso "ora per allora" nell'ottica di garantire un'uguaglianza sostanziale ai sensi dell'art. 3 Cost.

Occorrerebbe, tuttavia, in tal caso rivedere anche la modalità di raccolta delle DAT dal momento che i moduli attualmente messi a disposizione risultano certamente generici e lontani dall'essere espressione della necessità di garantire una formazione della volontà che possa essere, soprattutto per le persone vulnerabili, lontano dalla spersonalizzazione e degli abusi.

Certamente degno di analisi è il trattamento da riservare ai minori e a quei soggetti inabilitati o interdetti che ad oggi, a norma dell'art. 3 della legge 219/2017, possono esprimere il

consenso o dissenso alle cure per il tramite degli esercenti la responsabilità genitoriale, nell'uno caso, e del tutore e amministratore di sostegno, nell'altro caso.

Anche in tal caso parrebbe trovarsi nella sentenza della Corte uno sbarramento nella necessità che la persona che manifesti la volontà di ricorrere al suicidio assistito sia pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli in concomitanza con la fase del trattamento terapeutico terminale.

Eventuali considerazioni ulteriori?

Dal punto di vista teorico, per quanto ragionevole si voglia considerare questa soluzione, non può ignorarsi come la stessa possa trovare una frizione con il ruolo dell'agire medico e con obiezioni di carattere etico.

Il testo del giuramento di Ippocrate – testo che nell'arco del tempo è stato oggetto di interpolazioni e modifiche volte, evidentemente, a convogliare orientamenti etici condivisi dalla comunità scientifica ad un dato momento – recita: «giuro [...] di non compiere mai atti idonei a provocare deliberatamente la morte di un paziente»¹¹.

Non solo. Il Codice di deontologia medica prevede all'articolo 3 che «doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza» e, all'art. 17, che «il medico, anche su richiesta del paziente, non deve effettuare né favorire atti finalizzati a provocarne la morte».

La soluzione della Corte parrebbe glissare il confronto con questi articoli laddove valorizza l'aspetto terapeutico della «sedazione fatale». Tuttavia, l'attuazione di questa pratica, dal momento che, comunque la si intenda, induce alla morte del paziente, stride inevitabilmente con le norme richiamate che dovranno, a mio avviso, essere adattate ad un nuovo quadro delle fonti primarie di riferimento.

Penso, quindi, che questa decisione della Corte, da me totalmente condivisa, rappresenti un punto di partenza di un viaggio ancora lungo e, probabilmente, senza punti di approdo nel difficile mondo della bioetica, mondo cui ci stiamo solo ora affacciando e che costituisce un universo ancora inesplorato.

¹¹ Il testo antico recitava: «non somministrerò ad alcuno, neppure se richiesto, un farmaco mortale, né suggerirò un tale consiglio».

— Le origini del male —

Ch. 4

Trascrizione dell'intervista a Philip Zimbardo¹

4. Uomini, donne e ambiente

È possibile che un'esposizione prolungata a fattori situazionali - ad esempio una reclusione prolungata - produca dei cambiamenti di personalità o stress emotivi permanenti?

Sì. Non mi è ben chiaro cosa intenda per "prolungato", ma credo che la permanenza in prigione, lontano dalla famiglia, dalla comunità, dagli amici e da qualsiasi attività degna di nota finisca per logorare il detenuto. Produce mutamenti di personalità, si ha una minore considerazione di sé. In certi casi l'unica possibilità di sopravvivenza per un detenuto è assumere atteggiamenti da pazzo in modo da non essere importunati dagli altri prigionieri. Devi fargli capire che se continueranno a importunarti, li ucciderai. Certe persone mi hanno detto che a furia di comportarsi da pazzi hanno iniziato a compiere anche gesti da pazzi.

Quasi la totalità dei prigionieri esce di prigione in condizioni peggiori di come ci è entrata. Non sono pentiti, semmai arrabbiati perché sono sempre convinti che la sentenza sia stata ingiusta, anche se sanno di aver commesso un crimine. Se rubi in negozio di alimentari, sei anni sono troppi. E ai fini della reintegrazione sociale sarebbe stato più utile che non li avessero incarcerati, o che li avessero incarcerati per un periodo minore.

Un altro aspetto è che stare in carcere significa stare in una società di soli maschi: i detenuti, le guardie... E come prestare servizio militare per tanto tempo: finisci in un ambiente androcentrico. Le donne sono solo una fantasia, una fantasia sessuale.

¹ Prof. Philip Zimbardo, Psicologo, Professore Emerito presso la Stanford University.

La Social Sensing Syndrome

Ecco, la *Social Sensing Syndrome* è questa cosa che si sviluppa nel tempo.

Molti uomini preferiscono la compagnia di altri uomini, preferiscono stare in un ambiente esclusivamente maschile, ignari del fatto che questo produca un senso di piacere. Al contrario le donne mettono a disagio.

Abbiamo condotto una serie di studi a questo riguardo, penso di essere stato il primo a indagare il fenomeno. Molti uomini provano un piacere inconscio a stare insieme ad altri uomini. L'ideale è trovarsi in un contesto dinamico, fisico, vivace, come un gruppo sportivo, una squadra di calcio o di football.

Non tennis o golf: dev'essere uno sport dove entri in contatto con altri uomini e lo scopo è fare male, un po' come in guerra. In guerra l'obiettivo è uccidere. Negli sport più fisici come calcio, rugby, football americano – il calcio europeo un po' meno – lo scopo è far male all'avversario, metterlo k.o. in modo che non possa più giocare. Per molti uomini è una fonte inconfessata di piacere.

Se oggi l'esperimento di Stanford venisse condotto su un campione femminile, quali potrebbero essere i risultati?

È una ricerca che mi sarebbe piaciuto fare. Al termine dello studio avrei voluto ripeterlo, ma stavolta su un gruppo di sole donne, divise in guardie e prigioniere. E poi avrei voluto replicarlo perché molte persone che lavoravano nello sviluppo umano sostenevano che se ci fosse stata la possibilità di formare le guardie, avrebbero potuto insegnargli l'empatia. Se ci fossero stati dei programmi di formazione sull'empatia e la partecipazione, non si sarebbe giunti a tanto.

Perciò feci due richieste alla Stanford. Uno: poter condurre uno studio su sole donne confrontandolo con quello precedente. Due: poter fare uno studio con diversi esperti e guardie già formate con diversi gradi di partecipazione ed empatia, usando il primo studio come strumento di confronto. La commissione di Stanford mi chiese: «Ci garantisce che non ci saranno esiti negativi? Se ce lo garantisce, potrà fare lo studio. In caso contrario, non possiamo autorizzarla perché la ricerca potrebbe avere conseguenze negative». Alla fine hanno detto di no e non ho potuto farlo.

Ma ne sono quasi certo: molte donne che sono state in carceri femminili in seguito si sono messe in contatto con me per dirmi che...

"...nelle carceri femminili le guardie esercitano una violenza più sottile. Un tipo di violenza che non è fisico, ma psicologico. Ti fa sentire inerme, inutile"

A volte ti senti un bambino. In certe prigioni le detenute sono incoraggiate a tenere bambole o animali domestici, anche se molte di loro hanno una famiglia. Spesso si tratta di donne finite dentro per droga o prostituzione. Quando escono fanno ancora più fatica a reinserirsi nella famiglia, nella vita.

Gli uomini sono in balia della sfera fisica, le donne di quella affettiva e psicologica. Non sarebbe male se queste teorie si potessero dimostrare, ma nelle carceri la ricerca è pari quasi a zero. Ne sono convinto. Non esistono studi che mettano a confronto la detenzione maschile e

quella femminile. È per questo che sostengo che questi posti siano come delle società segrete che noi non conosciamo davvero. Abbiamo fior di psicologi, criminologi.

Non lo sappiamo.

[*continua*]

— The roots of evil – Ch. 4

Transcription of the interview with Philip Zimbardo¹

4. Men, women, and environment

Is it possible that a long lasting exposure to situation factor – such as a long lasting imprisonment – will make personality changes or emotional stress permanent?

Yes. It's not clear what you mean by long term, but I think being in a prison, away from family, away from community, away from friends, away from doing any meaningful activity is deteriorating. I mean I think it begins to change your mentality. You begin to think less well of yourself. In some ways, when you're a prisoner the way you survive is by acting crazy so other prisoners won't bother you. You have to convince other prisoners that if they bother you, you'll kill them. People I know have said, "My job was to act crazy, and then sometimes I did really crazy things".

Almost every prisoner gets out of prison in worse shape than they went in. They're not penitent. They're angry because they always believed the sentence was unfair, even if they know they committed the crime. Six years was too much for robbing a grocery store or something. They are less suited to be reintegrated into society than if they had not gone to prison. If they just went for a short period.

The other thing is that when you live in a prison, you live in an all male society, other prisoners, guards, and like being in the military a long time, you come to live in a male centric environment. Women are only fantasy. Women are only sexual fantasy.

The Social Sensing Syndrome

¹ Prof. Philip Zimbardo, Psychologist, professor emeritus at Stanford University.

So, the Social Sensing Syndrome is that over time

Many men prefer the company of men. To be in an all male setting, and they're unaware that's it almost like a high to be with men, rather than with women, so women it's awkward.

Yeah, something we've done a little bit of research on and again, it's something that I think I'm the first person to talk about it in this way that for many men, there is a high, an unconscious high of simply being in the presence of other men. More so the more dynamic, the more physical, the more energetic the situation is... so, again, for many men being on an athletic team, especially teams like soccer team, football team.

Not on a tennis team, not on a golf team, but its physical contact with other men and your job is to hurt. It's similar to in war. In war your job is to kill, but if you're in most sports, the most physical like soccer, rugby, American football, not so much European soccer, your job is to hurt the player. Knock him out so they have to take him out of the game. I'm saying this is an unstated high for many, many men.

What do you expect from a Stanford prison experiment with female guards and prisoners nowadays?

I wanted to do that study. When the study was over I wanted to do two recert to say, "Let's redo it with all women. Women guards, women prisoners". And let's redo it because many people I knew who were into human development said, "If we could train the guards, you wouldn't get ... We could train them to be compassionate. We'd put them through compassionate training, empathy training. You wouldn't get that effect".

I applied to Stanford to do two things. I wanted to do the study with only women, and we compare them with the study we did, and do a study where we have several experts, train guards with different compassion versus empathy and we would use the original study as the comparison. The committee at Stanford said, "Can you guarantee that there would not be a negative outcome?" If you could guarantee it you don't do it. They said, "If you can't guarantee, it could be negative and we don't allow it". So they said no. We couldn't do it.

Again, I'm almost sure. Several women who had been in women's prisons contacted me afterwards and said...

"...The violence of guards against prisoners in women's prisons is just more subtle. It's never physical. It's psychological. It's making you feel helpless. Making you feel worthless"

In some cases making you feel like a child. In some prisons they would encourage them to have dolls or pets, but many of these are women who had families. Many of them are there because of drugs or prostitution and so when they get out, they're even less able to function affectively in their family, in their life again.

Men dominate by physical force and women dominate by emotional, psychological force, but it would be nice to be able to show that. Again, there's almost no research in prisons. I'm saying this. There's no research comparing a male prison with a female prison within the prison. That's why I'm saying they're secret societies that we don't really know. We have psychologists, even criminologists

We don't know.

[to be continued]

Intervista

— Ribaltare la prospettiva: quando la delinquenza è donna. Intervista a Silvano Montaldo

*Overturning the perspective: when delinquency is female.
Interview with Silvano Montaldo*

Di Paola Emilia Cicerone, Silvano Montaldo

Per sapere che le donne commettono meno crimini dei maschi, basta guardare le statistiche. Sul perché questo avvenga – sono naturalmente meno inclini alla violenza, o le condizioni sociali non le mettono in condizione di esercitarla? – il dibattito è ancora aperto. E si tratta di un dibattito che ha più di un secolo, e si è sviluppato di pari passo con le origini della criminologia: lo ricorda il saggio [Donne delinquenti. Il genere e la nascita della criminologia](#) appena pubblicato (da Carocci editore, 2019), in cui lo storico Silvano Montaldo, Direttore scientifico del Museo di Antropologia criminale “Cesare Lombroso” dell’Università di Torino, ripercorre il dibattito sul tema tra l’Europa e gli Stati Uniti. In un’epoca, il diciannovesimo secolo, in cui nasce la criminologia e contemporaneamente comincia a emergere la questione femminile. Un mondo segnato dai pregiudizi ma in cui le teorie di Lombroso, sintetizzate nel suo saggio *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, scatenano un dibattito che in qualche modo anticipa temi che emergono ancora oggi quando si analizza l’atteggiamento della legge nei confronti delle donne.

Il problema della delinquenza femminile nasce quando comincia ad affermarsi l’idea di carcere come lo conosciamo noi, tra la metà del settecento e la metà dell’ottocento. «Prima di allora, la detenzione serviva fundamentalmente per tenere il sospetto a disposizione del giudice, quindi le carceri erano piccole, gestite da privati e distribuite sul territorio», spiega Montaldo,

«mentre i delitti erano puniti con pene corporali o pecuniarie, con la pena di morte, o con la deportazione negli stati che avevano colonie».

Quando la pena detentiva diventa la norma, emerge il problema delle detenute, spesso confinate in situazioni difficili che lasciano spazio ad abusi di ogni genere: «ma al tempo stesso, mentre si discute sulle finalità della pena detentiva, si comincia a quantificare la delinquenza femminile», prosegue Montaldo. «E ci si rende conto che le donne che commettono crimini sono una minoranza». Un dato che apre la strada a interpretazioni diverse: c'è chi come il sociologo belga Adolphe Quetelet riconosce alle donne una superiorità morale, senza escludere altri fattori come la loro minor forza fisica, ma anche il fatto che le donne, meno inserite nella vita sociale, avevano semplicemente minori occasioni di delinquere.

Quando Lombroso affronta il tema, ha già sviluppato la sua teoria sull'atavismo criminale, che vede nell'uomo che infrange le regole morali una sorta di sottospecie affine all'umanità primitiva, riconoscibile anche dai tratti somatici e dalla struttura del cranio. Lo studioso, che nel 1876 ha già dato alle stampe *L'uomo delinquente*, affronta il problema della criminalità femminile in un saggio scritto in collaborazione con Guglielmo Ferrero, un giovane studioso che in seguito sarebbe diventato suo genero: *La donna delinquente*, pubblicato nel 1893. Un testo che esplicita le sue teorie sull'inferiorità della donna: «la donna è più cattiva che buona, e quando è buona lo è spesso per stupidità», sintetizza all'epoca Ferrero scrivendo a un collega.

«Lombroso integra gli stereotipi sulla donna ancora presenti all'epoca con nuovi pregiudizi, che dovrebbero avere una base scientifica», osserva Montaldo, «nonostante il valore delle sue ricerche, che ci hanno permesso di recuperare testimonianze importanti sulla vita dei ceti popolari – pensiamo solo alla ricchissima documentazione sui tatuaggi –, Lombroso non è stato capace di guardare di là dalle proprie convinzioni, cui ha tentato di dare giustificazioni». Suscitando reazioni negative da parte di molti studiosi, tanto che le sue posizioni sulle donne contribuiranno a screditarne l'immagine negli ambienti accademici.

Eppure, proprio in questi anni si sono affermate convinzioni dure a morire, come quelle che identificano la criminalità femminile con un comportamento sessuale troppo libero. «Un'idea che riflette le paure di una società misogina e patriarcale, per cui la devianza sessuale diventa sinonimo di criminalità», nota Montaldo. E che condiziona fino a tempi recenti la gestione delle carceri, dove spesso le detenute sono affidate a religiose con l'intento di correggerne il malcostume.

«Lombroso non condivideva le preoccupazioni espresse dalla Chiesa, ma classificare come criminali le donne sessualmente libere, e in particolare le prostitute, gli permette di spiegare l'apparente contraddizione secondo la quale la donna, pur meno evoluta del maschio, commette meno delitti», spiega Montaldo.

D'altronde Lombroso aveva nei confronti della prostituzione, che all'epoca era diffusa in forma legalizzata secondo il modello francese, un atteggiamento piuttosto cinico, considerandola in qualche modo utile a livello sociale. Un atteggiamento che sollevò critiche particolarmente in Francia, dove all'epoca si stavano sviluppando le prime iniziative a tutela delle prostitute. «L'idea di Lombroso era che la donna normale non fosse particolarmente interessata al sesso, se non in funzione di una possibile maternità», ricorda Montaldo. Anche per questo l'omosessualità era presentata come una delle caratteristiche della donna delinquente: «ed è paradossale che Lombroso, studiando i legami omosessuali che nascono nelle carceri femminili, finisca col fornire una delle prime testimonianze su questo tema», ricorda Montaldo,

«anche se dal suo punto di vita l'omosessualità è un segnale del ritorno all'atavismo di questi soggetti criminali».

Anche i reati “tipicamente femminili” come l'aborto o l'infanticidio, d'altronde, sono legati alla sfera sessuale, e spesso alla necessità di nascondere gravidanze clandestine che comporterebbero un ostracismo sociale. «Non pochi studiosi, all'epoca, danno dell'aborto una lettura di tipo eugenetico, non lo vedono come un vero e proprio crimine perché impedisce la nascita di individui che sarebbero diventati a loro volta criminali, o comunque sarebbero stati un peso per la società», ricorda Montaldo. Quanto all'infanticidio, come fattispecie di reato si sviluppa piuttosto tardi perché è legato al concetto di infanzia, che si definisce tra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo: «anche considerando le diverse circostanze, legate alla condizione della donna e all'età del bambino – e le differenze anche sensibili nelle varie legislazioni – in generale l'atteggiamento dei criminologi punta a un alleggerimento della pena, per cercare di evitare a queste donne la pena capitale prevista per l'omicidio», osserva Montaldo; «in generale, c'è un atteggiamento paternalistico nei confronti dei reati commessi dalle donne, considerate meno evolute e quindi meno pericolose dell'uomo». Lo stesso Lombroso propone pene inferiori per i reati commessi da donne, per affermare le differenze tra i sessi anche di fronte alla legge.

Un approccio discriminatorio che stona di fronte all'atteggiamento dello studioso nei confronti delle intellettuali con cui si è confrontato, come la criminologa russa Tarnovskaya, o Anna Kuliscioff, che frequentò la sua casa. E delle sue stesse figlie, Paola e soprattutto Gina, che avevano studiato ed erano diventate sue strette collaboratrici.

«Sono anni in cui i ruoli di genere si trasformano, facendo emergere una serie di contraddizioni», spiega Montaldo, «spesso le donne intelligenti e colte sono considerate eccezioni». Lo fa il drammaturgo Strindberg, e lo stesso Turati, scrivendo alla Kuliscioff, la definisce “un'eccezione”, provocando la reazione indignata della donna. Così, Lombroso considera un'eccezione le proprie figlie e della Kuliscioff, che pure aveva frequentato, scrive su di lei in una perizia che «benché medichessa ha un'idea inadeguata della donna, che crede uguale all'uomo».

«Nel pensiero di Lombroso», spiega Montaldo, «le donne intraprendenti, moderne, che si battono per i loro ideali, annunciano una trasformazione sociale che lo spaventa». È questo che lo spinge a classificare come criminali le rivoluzionarie della Comune di Parigi. E sono i suoi pregiudizi che gli fanno vedere segni di “atavismo criminale” nel cranio di Carlotta Corday – oggi scomparso – che gli era stato sottoposto dal principe Bonaparte che lo conservava, mentre l'antropologo francese Topinard vede nello stesso reperto le tracce di un'indole patriottica ed eroica.

Nonostante il successo – soprattutto negli Stati Uniti – de *La donna delinquente*, tradotta in varie lingue anche se privata dei capitoli dedicati al sesso, che erano stati considerati scandalosi, le polemiche sul libro segnano il declino delle teorie lombrosiane: «e al tempo stesso ci raccontano la vivacità del dibattito all'interno di una società scientifica piccola, poliglotta e molto ben informata», spiega Montaldo, «in un'epoca in cui le grandi riviste erano poche ma autorevoli e molto lette». Dopo i successi iniziali, le critiche a Lombroso arrivano da molti studiosi e dall'opinione pubblica più avanzata, soprattutto in paesi come la Francia, l'Inghilterra e la Germania, dove i dibattiti sulla questione femminile erano stati più intensi. «Lombroso afferma di riconoscere i fattori sociali che incidono nella delinquenza, ma continua a pensare ai criminali come a persone biologicamente diverse dai loro simili», conclude Montaldo. «Già all'epoca emergono le modalità non scientifiche con le quali produceva i suoi lavori, soprattutto gli studi sulle donne». E può sembrare paradossale che le difficoltà maggiori vengano dal

confronto con due ricercatrici, la Tarnovskaya, e soprattutto l'antropologa americana Frances Kellor, i cui studi sulle carcerate possono essere considerati un primo trattato di criminologia nel senso moderno del termine.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org